توابع الأموال في الفقه الإسلامي

" دراسة تأصيلية تطبيقية"

إعداد

إيمان محمد فارس الفقهاء

المشرف

الدكتور إسماعيل البريشي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

آب، ٢٠١٠

نوقشت هذه الرسالة (توابع الأموال في الفقه الإسلامي – دراسة تأصيلية تطبيقية " وأجيزت بتاريخ ٦/٥/٢٠١٠

أعضاء لجنة المناقشة: التوقيع

الدكتور إسماعيل البريشي مشرفا ....

أستاذ مساعد الفقه وأصوله

الدكتور محمد خالد منصور عضوا ....

أستاذ مشارك الفقه وأصوله

الدكتور قذافي عزات الغنانيم عضوا ....

أستاذ مساعد الفقه وأصوله

الأستاذ الدكتور عبدا لله مصطفى الفواز عضوا ....

أستاذ الفقه وأصوله _ جامعة مؤتة

الإهداء

اهدي ثمرة الجهد المتواضع
إلى ...
كل من تَخَلّصَ من تبعية الهوى ليعلن أصالة صلته بالله...
*****

إلى ......
من هو نبضة من نبضات القلب وفجر الحلم المنتظر......
.... الأقصى الحر العزيز ....
*****

إلى من أمرني ربي أن أخفض لهما جناح الذل
أبي العزيز .... رحمه الله...
أمي الغالية الحنون ... آجرها الله ...
*****

إلى .. من لهم حق علي ... إخواني وأخواتي الأشقاء... والرفقاء ... حماهم الله ...

شكر وتقدير

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، الذي منحني الرشد والثبات، وأعانني على إنجاز البحث،على نحو أرجو أن يكون ذخرا في ميزان الحسنات يوم الحساب.

وبعد فإنني أتوجه بالشكر الموصول إلى أستاذي الفاضل الدكتور إسماعيل البريشي، الذي تفضل بقبول الإشراف على رسالتي، وأفادني بنصحه وإرشاداته .

كما وأتقدم بالشكر والتقدير إلى :

فضيلة الأستاذ الدكتور : عبدالله مصطفى الفواز.

وفضيلة الأستاذ الدكتور : محمد خالد منصور .

وفضيلة الدكتور : قذافي عزات الغنانيم .

على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة وإبداء الملاحظات والتوجيهات.

فهرس المحتويات

توابع الأموال وأحكامها في الفقه الإسلامي

"دراسة تأصيلية تطبيقية"

إعداد

إيمان محمد فارس الفقهاء

المشرف

الدكتور إسماعيل البريشي

ملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع توابع الأموال في الفقه الإسلامي، وهو موضوع يختص بالمال عند دخوله عقود المعاملات المالية، هادفة إلى تأصيل ما يتعلق بهذه الأموال من توابع، من خلال بحث العلاقة بينهما؛ وهي الأصالة والتبعية؛ إذ الأصالة وصف تختص به أصول الأموال، أما توابعها فتوصف العلاقة التي تحكمها بالتبعية، وهذه الأخيرة؛ هي ما دارت حوله الدراسة بضبط المصطلحات المتعلقة بها، وإجراء تقسيم للتبعية؛ جُعل على أربعة أنواع، تالية له بصور اغتفار الحرام في توابع الأموال؛ لأن الشريعة الإسلامية تنظر إلى قاعدة التبعية بعين المسامحة والتيسير، بوصفها أحد المبادئ المصلحية التي قدمت رخصة بضوابط تراعي كونها استثناء وليست أصلاً.

وأمكن من خلال الدراسة الخلوص إلى لمِّ شتات مصطلح التابع في المال، وبحث أهم الأحكام الفقهية التي تتعلق بالتابع بحسب نوعه، ومجال تطبيقه.

"والله ولي التأييد والتسديد بمنه ولطفه"



المقدمة

الحمد لله ذي العظمة والكبرياء، والعزة والبقاء، والرفعة والعلاء، والمجد والثناء تعالى عن الأنداد والشركاء، وتقدس عن الأمثال والنظراء، وتفرد بالوحدانية والصمدية، والصلاة على نبيه وصفيه محمد خاتم الأنبياء وإمام الأتقياء... أما بعد

جادت منابع الفقه الإسلامي بمبادئه، وأصوله، وقواعده تقديم منهج متكامل لحياة الفرد المسلم؛ شُهد له على مدى أربعة عشر قرناً من الزمان الوفاء بحاجات المسلمين ومصالحهم في كل زمان ومكان، لذلك وصفت شريعتنا الربانية بأنها شريعة خالدة زرعت في نفوس المؤمنين بها الثقة في بيان الحكم الشرعي وتجليته في كل ما يستجد من حوادث ونوازل، فتقرر في الأذهان وسمها شريعة متبوعة لا تابعة.

ومن صور مرونة الفقه الإسلامي وسعته الفريدة، استيعابه أحكام ثروة الأمة الاقتصادية، وعصبها الحي، وهو المال الذي لا تنفك مسائله المعاصرة تستجد لتحاكي تطور حاجات الأمة ومتطلباتها.

لذلك نجد المال يعتلي درجة في سلم الضرورات المتفرع من علم المقاصد الشرعية، ليحوز اهتمام الباحثين فيما يتعلق به من أحكام جزئية وكلية، تزداد تفاصيلها وإشكالاتها مع تقدم الحضارة والمدنية، التي تبتدع في كل يوم صيغاً وعقوداً، تتطلب النظر في ما تحويه من أصول مالية، وما يلحقها من توابع.

أما توابع الأموال التي تتجه إليها غاية الدراسة بالبحث والنظر، تتمثل في النواشىء واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها المالية حقيقة أو حكما، فتقدم صوراً متنوعة بتنوع الأصول التي تتبعها، كالثمرة في عقدي المزارعة والمساقاة، والربح في المضاربة والشركات. وما يلحق بهذه العوائد التابعة من أصولها الإنتاجية من عوامل توزيعية تابعة لأصولها تؤكد عدالة الاقتصاد الإسلامي، وهو ما يظهر في الضمان والأجل، وتتعدى هذه التوابع لتطول المِلك فتظهر على هيئة مشتملات ملكية وحقوق ارتفاقية.

ونظراً إلى أن الفقه الإسلامي أقرّ قاعدة الأصالة والتبعية باعتبارها واحدة من الأصول الشرعية التي ترسم معالم الوقائع والحوادث وتحدد ما يعد أصلاً وما يعد تبعا، فيبنى الحكم الشرعي حسب التصور السابق، دأبت هذه الدراسة لتبحث قاعدة التبعية في العقود المالية، وهي العلاقة التي تنظم، النواشئ واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها حقيقة أو حكما، في إطار

العقد، والتي تحكمها منظومة من الأحكام الشرعية؛ من أهمها الرخص الشرعية، وهي ما تنفرد بها عن الأصالة.

وعلى ضوء ذلك، بُحثت قاعدة التبعية اصطلاحاً وتقسيماً وتطبيقاً، تبين من خلالها؛ أهمية حضورها في أذهان القضاة والمفتين والباحثين في القضايا المالية، وذلك لما تمتاز به من أحكام خاصة، تنفرد بها عن الأصالة في كثير من الجزئيات...

وهو ما كان حاضر في أذهان السادة الفقهاء "رحمهم الله تعالى" بحيث تأصلت لديهم فكرة توابع الأموال من خلال مقالاتهم المسطرة في مواطن متنوعة من مدوناتهم، يقطف الجاني ثمارها، ليتزود بها في حل إشكالات مستجدة، في عالم المال المعاصر...

وقد جاءت توابع الأموال في هذه الدراسة لتؤكد جملة من الأمور، أهمها:

- الأصالة ركن ركين لضبط التبعية وتوابعها.
- التبعية لا تنضوي تحت باب واحد، وإنما تتعدد مداخلها بتعدد محال أصالتها.
- الأصالة والتبعية وتوابع الأموال مصطلحات لها دلالات خاصة، وأنواع تحتاج إلى الضبط للتخريج عليها .

مشكلة الدراسة وأهميتها وأهدافها:

تنبع مشكلة الدراسة من تحديد حقيقة توابع الأموال في المعاملات المالية وما يبنى عليها من أحكام شرعية. وتأتي الدراسة لتجيب عن اهم الاسئلة والفرضيات التالية:

١. ما حقيقة توابع الاموال في الاصطلاح الشرعي؟

٢. ما أدلة اعتبار توابع الاموال من الاصول التشريعية؟

٣. ما حقيقة توابع الاموال في علم المقاصد الشرعية ؟

٤. ما أنواع التبعية، وما صور اغتفار الحرام للتبعية ؟

٦. ما اهم التطبيقات المعاصرة للتبعية ؟

أهمية الدراسة:

يعد المال من ضرورات الكيان البشري، وهي حقيقة يثبتها الإسلام؛ لذلك تنقسم الاموال في الفقه الاسلامي من حيث الاصالة والتبعية الى أصول وتوابع؛ وتأتي الدراسة لتبحث مسألة التبعية في مجال المعاملات المالية تأصيلاً واستدلالاً من الاصول التشريعية المعتبرة، باحثة عن أهم الاحكام الفقهية المتعلقة بالتبعية، والتي تبرز من خلال أنواعها، ومن صور التخفيفات الشرعية المتعلقة بتوابع الاموال، مع نظرة مقاصدية للمقصد الاصلي والمقصد التبعي وأثر ذلك على أحكام توابع الاموال، وقد زخرت التطبيقات المعاصرة لقاعدة التبعية، إلا ان الدراسة،

تبحث ابرزها إشكالا في الوقت الحاضر وهي المساهمة في الشركات المختلطة، وتداول الأوراق المالية في الأسواق المالية. خلاصة ما تقدم تُظهر مدى الحاجة الى بحث قاعدة التبعية ومحاولة جمع وتحليل ما يتعلق بها من أحكام فقهية.

أهداف الدراسة:

اعرض اهم اهداف الدراسة من خلال النقاط الآتية:

١ . تشكيل مسألة توابع الأموال على هيئة منظومة تجمع زمامه، تأصيلا واستدلالا.

٢ . حل الاشكالات البحثية في الموضوع .

٣ . دراسة قاعدة التبعية من خلال علم المقاصد.

٤ . دراسة أثر التبعية في ترجيح الاحكام الفقهية في المعاملات المالية.

٥. تطبيق قاعدة التبعية على أهم المسائل المستجدة.

الدراسات السابقة :

من اهم الدراسات السابقة ذات العلاقة ما يلي:

١.حتمل،ايمن محمود،(٢٠٠٤م)،**قواعد التبعية ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي**، إشراف: عبدالله زيد الكيلاني، اطروحة دكتوراة غير منشورة، الجامعة الاردنية .

تناولت هذه الدراسة قاعدة " التابع تابع"، بكتابة قواعدية، حيث ذكر الباحث القاعدة الأم وما يرد عليها من قيود، واستثناءات قواعدية، وأورد بعض الاحكام والتطبيقات، والتبعية التي تحدث عنها الباحث عامة شملت معظم الابواب الفقهية. أما الدراسة تبحث قاعدة التبعية اصطلاحاً، وتقسيماً، وتطبيقاً على المعاملات المالية، وهو ما يختلف عن الدراسة القواعدية بوجه تام .

٢.أبو حميدة،عبد الحافظ يوسف(١٩٩٦م)،**التولد من المملوك**، رسالة ماجستير،الجامعة الاردنية،إشراف: محمود السرطاوي.

تناولت الدراسة موضوع التولد في عقد البيع والرهن والوصية ..،وأهم الاحكام الفقهية المتعلقة بالمتولدات، إلا ان الباحث قَصَر حقيقة التولد على(نشوء خلقي لشيْ مملوك شرعا)؛ أي على التولد الحقيقي، وبنى الاحكام الفقهية بناء على هذه الماهية، وجاءت تطبيقاته فقهية قديمة. اما الدراسة جاءت لتؤصل "مسألة التولد من الأصل الإنتاجي" ، وقسمته الى قسمين هما: التولد الحقيقي، والتولد الحكمي، وربطتهما فيما يسمى بالأصالة والتبعية، لِتَخلُص الى مصطلحين هما: الأصالة الإنتاجية، والتبعية الإنتاجية،– وهي مصطلحات لها جذورها الفقهية القديمة– تضعها أمام الباحثين للنقد، والبناء.

٣. دراسات نزيه حماد :

- نزيه حماد ، **<u>قضايا فقهية في المال والاقتصاد</u>**، ط١، دار القلم: دمشق ، ١٤٢١هـ – ٢٠٠١م.
- نزيه حماد، **<u>في فقه المعاملات المصرفية المعاصرة</u>**، ط١، دار القلم ، دمشق ، ١٤٢٨هـ ، ٢٠٠٧م .

بحث نزيه حماد في كتابيه السابقين قاعدة الأصالة الاصالة والتبعية في الأموال، على وجه مختصر لم يعدو صفحات قليلة من بحثه في المال، وبحث المفهوم الاصطلاحي للربا _ مع فائدتهما الحقيقية _ والاضافة الجديدة التي قدمها فضيلته؛ بيّن من خلالها موضع اغتفار الحرام في توابع الاموال.

أما الدراسة ستبحث بعض صور اغتفار الحرام للتبعية بشيء من التفصيل، يظهر أثره في الفصل التطبيقي للدراسة.

<u>منهج البحث:</u>

سأعتمد في دراستي المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي على النحوالأتي :

١. المنهج الاستقرائي يعتمد في الدراسة من خلال تتبع مسألة الاصالة والتبعية وما يتعلق بها من اشكالات بحثية من الفروع الفقهية وعلم المقاصد الشرعية، والمصادر والبحوث المعاصرة ذات الصلة بالموضوع .

٢.المنهج التحليلي يعتمد في الدراسة من خلال عرض القضايا والاشكالات العلمية على سبيل التفسير والتعليل لها ومن ثم الاستنتاج العقلي بناء على الاصول المنهجية الشرعية حتى تتضح مبهماتها العلمية.

٣. المنهج التطبيقي يوظف في الدراسة من خلال تطبيق نتيجة الدراسة التأصيلية على المعاملات المعاصرة .

الفصل التمهيدي: مفهوم توابع الأموال: لغة واصطلاحا .

ويشمل ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم توابع الأموال في اللغة .

يستدعي ضبط حقيقة المركب الإضافي (توابع الأموال) من الناحية اللغوية البحث عن الجذور اللغوية لمفرداته على النحو الآتي:

المطلب الأول: التوابع لغة .

دلّ مصطلح التوابع ومشتقاته في المعاجم اللغوية على معنى اللحوق والتّلو للأصل الذي ركبّ معه، على النحو الآتي :

التّبَعُ : التُّلُوُّ والقَفْو. يقال تبِعْتُ فلاناً إذا تَلَوْتَه واتّبعْتَه، وأتْبَعْتُهُ إذا لحِقْتَه، قال الله تعالى: ﴿فَأَتْبَعَ سَبَبًا﴾ [1] ومعناه اللحوق[٢].

التابع: التالي، الخادم، ومن يتبع غيره[٣]. ومُؤنث التابع (التّابِعَةُ) والجَمْعُ (التَّوَابِعُ)[٤]، أما التبعية : هي كون الشيء تابعا لغيره.[٥]

ولعل أقرب المعاني اللغوية للمعنى الاصطلاحي للتابع؛ هو كون التابع لاحقا أو تاليا لأصله.

المطلب الثاني: الأموال لغة.

إن الجذر اللغوي للمال (مول)، قال ابن فارس :الميم والواو واللام كلمة واحدة، هي تَمَوَّلَ الرّجُل: اتخذَ مالاً.[٦]

أما حقيقة المال لغة: ما ملكته من جميع الأشياء، أو ما ملكته من كل شيء.[٧]

---

[1] . سورة الكهف: الآية ٨٥.

[2] . ابن فارس،أحمد بن زكريا(٣٩٥هـ) ، معجم مقاييس اللغة،ط١،١م،(اعتنى به : د. محمد مرعب ، الآنسة : فاطمة أصلان ، دار إحياء التراث ، بيروت- لبنان ، ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠١م،ص١٦٠، مادة (تبع) ، وانظر ابن منظور ،محمد بن مكرم، لسان العرب، ط١٥،١م، دار صادر، بيروت، ط١،٢٧/٨. الأزهري، محمد بن أحمد الهروي، تهذيب اللغة، بلا،١٥م،(تحقيق عبد السلام محمد هارون) ، ٢٤٨/١-٢٤٩. الفيومي،أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، بلا، دار القلم، بيروت، ٧٢/١، الجرجاني، علي بن محمد بن علي،التعريفات، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٨م، ص٣٨، مادة(تابع).

[3] . الأزهري، محمد بن أحمد الهروي، تهذيب اللغة، بلا،١٥م،(تحقيق عبد السلام محمد هارون) ،٢٤٨/١-٢٤٩.

[4] . الزَّبيدي، محمد بن محمد الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، بلا، ١٠م، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٩٨٨م. ٥١٢١/١،مادة (تبع). انظر ابن منظور ، لسان العرب٢٧/١

[5] .إبراهيم مصطفى،أحمد الزيات،حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ط٢، المكتبة الإسلامية، ٨١/١، مادة(تبع).

[6] . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٩٣٤/١، مادة (مول)

[7] . ابن منظور، لسان العرب، ٦٣٥/١١، مادة (مول). الفيروز أبادي ،القاموس المحيط ١٣٦٨/١، مادة (مول).

قال ابن الأثير: المال في الأصل؛ ما يُملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان.[1]

ولم أعثر على المصطلح المركب معرفا في كتب اللغة، ويمكن بيانه من مفرداته السابقة على النحو التالي :

توابع الأموال تعني: ما يتعلق بأصل المال ويلحق به في الملكية .

[1]. الزبيدي، تاج العروس٧٥٢٤/١،الفيومي، المصباح المنير، ٨٠٥/٢، مادة(مول). ابن منظور، لسان العرب ٦٣٥/١١. الجوهري،إسماعيل بن حماد، الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) ط٢،٦م، (تحقيق أحمد عطار)، دار العلم للملايين، بيروت،١٩٧٩م، ١٨٦/٢.

المبحث الثاني: مفهوم توابع الأموال في الفقه.

للوقوف على مفهوم توابع الأموال، لا بد من تعريف المال اصطلاحا، ثم تعريفه كمصطلح مركب (توابع الأموال) وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: حقيقة الأموال اصطلاحا:

عرف فقهاؤنا المال عدة تعريفات في مدوناتهم الفقهية؛ ومنها :

قال الإمام ابن نجيم:(المال كل ما يتملكه الناس من نقد، وعروض، وحيوان وغير ذلك، إلا أننا في عرفنا يتبادر من اسم المال النقد والعروض).[١]

وعرفه الإمام الشاطبي:(هو ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه).[٢]

قال الإمام الزركشي:(المال ما كان منتفعا به، أي مستعدا لأن ينتفع به وهو إما أعيان، أو منافع) [٣].

قال الإمام البهوتي:"المال شرعا ما يباح نفعه مطلقا؛ أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة".[٤]

وقد اختلفت نظرة الأئمة الحنفية عن جمهور الفقهاء في حقيقة المال ، وذلك فيما يأتي :

- أن المنافع والديون والحقوق المحضة ليست أموالا عند الحنفية، وإنما هي أملاك.
- كما يعد الخمر والخنزير أموالا ولكنها غير متقومة؛ لذلك لا يصح المعاوضة عليها، واختلف حكم العقد بالبطلان والفساد، عند جعلها أحد العوضين في المعاملة المالية .

بيان ذلك: أن الحنفية لا يعتبرون المنافع أموالا؛ لأن المنفعة لا يمكن حيازتها، إذ هي شيء معنوي لا يتصور وضع اليد عليه استقلالا . جاء في رد المحتار:" والمال كما صرح به أهل الأصول ما يتمول ويدخر للحاجة، وهو خاص بالأعيان فخرج به تمليك المنافع"[٥].

وبذلك اعتبر الحنفية المنافع والديون أملاكا، ولم يعتبروها أموالا؛ لأن المال عندهم يقتصر على الموجودات المادية ذات القيمة بين الناس، أما المملوك فهو كل ما تتعلق به الملكية أي الاختصاص، فيشمل الأعيان المالية والمنافع والديون؛ لأن هذه المنافع والديون يجري فيها الاختصاص كما يجري في الأعيان. ذلك أن الدَين عند الحنفية وصف في الذمة، وإنما يصير

---

[1] .ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت ٢/٢٩.
والإمام ابن عابدين: (المال هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها بإباحة الانتفاع به شرعا، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوما كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم). افندي،محمد علاء الدين، تكملة رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت – لبنان ،١٤١٥هـ، ١٩٩٥م. ٧/٧.

[2] . الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي،الموافقات في أصول الفقه،٤م،(تحقيق:عبدالله دراز)، دار المعرفة، بيروت، ٢//١٧ .

[3] . الزركشي، محمد بن بهادر، المنثور في القواعد،٣م ، (تحقيق: تيسير فائق)، وزارة الأوقاف،الكويت،ط٢، ٣/ ٢٢٢

[4] . البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، شرح منتهى الإرادات، ط٢ ،عالم الكتب، بيروت_لبنان ، ١٤١٦هـ، ٢/ ٧.

[5] . ابن عابدين ، رد المحتار ٢ / ٢٧٩، ٦/١٧٠.

مالا بقبضه.كما يُخرج الحنفية الحقوق المحضة من الأموال، كحق التعلي، والمرور، والشرب ، والمسيل، وحق الأخذ بالشفعة[1]. قال الإمام الزركشي: "الفرق بين الملك والاختصاص أن الملك يتعلق بالأعيان، والمنافع، والاختصاص إنما يكون في المنافع، وباب الاختصاص أوسع".[2]

أما بالنسبة لمالية الخمر، جاء تصور الحنفية لها على النحو الأتي :

جاء في رد المحتار: "الخمر هي مال وإن لم تكن متقومة".[3]

الإ انه يختلف حكمها إذا جعلت أحد البدلين، قال ابن عابدين في موضع أخر: بخلاف الخمر فإن بيعه باطل إذا تعين كونه مبيعا، أو لو أمكن اعتباره ثمنا فبيعه فاسد. معللا ذلك بالقول :لأن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن، ولذا ينفسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن، ولأن الثمن غير مقصود بل هو وسيلة إلى المقصود وهو الانتفاع بالأعيان[4]. فالأصل في عقد البيع عند الحنفية هو المبيع [5].

أما جمهور الفقهاء فالمال عندهم ما له قيمة بين الناس؛ وهو ما أباح الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار؛ كالحيوانات والعقارات، أما إذا كان الشارع قد حرم الانتفاع به؛ كالخمر، ولحم الخنزير، والميتة فإنه لا يكون مالا بالنسبة للمسلم ولغيره؛ لعدم إباحة الإسلام له، والمال ما يمكن حيازته حقيقة أو حكما، ولذا ألحقوا المنافع في مسمى الأموال كالأعيان بلا فرق؛ لأن المنافع أساس التقويم في الأموال كسكنى الدار وركوب السيارة[6]. والديون تعتبر أموالا، وان كانت ملكية الدائن لها ناقصة، إذ لا يملك الدين في يده، بل يملكه في ذمة المدين ،وتكتمل ملكية الدين بقبضه عند استيفائه .[7]

---

[1] . انظر ابن عابدين ، رد المحتار ١٧٠/٦.
قال الشيخ الجليل مصطفى الزرقا : المالية في نظر الفقهاء الحنفية ترتكز على أساسين وتقوم بعنصرين هما:
- **العينية : ويراد بها أن يكون المال شيئا ماديا ذا وجود خارجي .**
- **العرف : أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم تموله وصيانته بحيث يجري فيه بذل ومنع**، فما لا يجري فيه ذلك بين الناس لا يعتبر مالا ولو كان عينا مادية ، كالإنسان الحر ، وحبة القمح .

وكذلك ما لا يعتاد الناس تموله وصيانته ، ويجري فيه البذل والمنع لكنه ليس عينا مادية ، فانه لا يعتبر في نظرهم مالا ، بل قد يكون ملكا أو حقا ، كالمنافع ، والحقوق المحضة ، والديون . مصطفى الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ط١،(١م)، دار القلم ، دمشق،١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، ص١٢٦.

[2] . الزركشي ، المنثور في القواعد٣ / ٢٣٤.

[3] . .انظر ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ٥ /١٦٦.

[4] .انظر ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ٥ /١٦٦_ ١٦٧.

[5] . وذلك لخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية ، في أركان البيع ، فالحنفية يعدون الركن الوحيد لعقد البيع ، هو الإيجاب والقبول، بينما يتوسع جمهور الفقهاء في أركان البيع فتشمل عندهم المبيع، والثمن ، والصيغة، والعاقدين .انظر ابن عابدين، رد المحتار ٥٠٤/٤، النفراوي، الفواكه الدواني ٧٣/٢،الشربيني ،الإقناع ٢٧٦/٢، البهوتي، كشاف القناع ١٤٦/٣.

[6] . انظر:الشيباني، محمد بن فرق،كتاب الأصل المعروف بالمبسوط، ٥م،(تحقيق أبو الوفا الأفغاني)، إدارة القران والعلوم، كراتشي١١ /١٤٣ .الرصاع، محمد الأنصاري،شرح حدود ابن عرفة ،(تحقيق: محمد أبو الأجفان ،الطاهر المعموري)،ط١، دار الغرب الإسلامي،بيروت،١٩٩٣م،٢ / ٣٣٣-٣٣٤ . الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج ، ط١،(اعتنى به محمد عيتاني)، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨هـ،٦/٢.ابن قدامة ،عبد الله المقدسي، الكافي،٤م، المكتب الإسلامي، بيروت، ٢/ ١٦٩. الزرقا ، المدخل الفقهي العام ط٢، دار القلم ، دمشق، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م. ٣٥٢/١ .

[7] . المصري ، رفيق يونس، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، دار المكتبي،دمشق،٢٠٠١م، ص٣٦.

ولتفصيل مسألة مالية المنافع، يمكن القول إن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن المنافع أموالاً متقومة، وهي بمنزلة الأعيان القائمة في الماهية، على خلاف الحنفية الذين لا يرون المنافع أموال متقومة في أنفسها، وإنما يكون تقومها بالعقد سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا؛ لأن المنفعة عندهم ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمنفعة يمكن أن يتصرف فيها مالكها، أو يستأثر بها، فيصدق عليها وصف الملك دون المال[١].

وقد أجاب الشيخ الجليل مصطفى الزرقا على هذه المسألة" إن تشريع عقد الإجارة بنصوص الكتاب، والسنة دليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع، كما أقرت التزام الثمن مقابل امتلاك العين بالشراء، ولئن سلمنا أن عقد الإجارة وارد على خلاف القياس فغير مسلم به، أما مخالفته للقياس من جهة أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد..."[٢] .

<u>الخلاصة مع الترجيح</u>: أن منشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية يكمن في تضييق أو توسيع مفهوم المال، بحيث اتسع عند الجمهور حتى شمل الأعيان، والحقوق، والديون، والمنافع وغيرها، وضاق عند الأئمة الحنفية إلى أن أقتصر على الأشياء المادية المحسوسة وهي الأعيان، وقد خرجوا من هذا المأزق إلى دائرة الملك، فأدخلوا فيها ما لم يعدوه أموالا، والأولى توسيع مفهوم المال؛ لما فيه من قضاء لحاجة الواقع، والعرف السائد، هذا ما تقرره الشريعة الإسلامية في نصوصها الصريحة من اعتبار المنافع، والحقوق، والديون أموالا، وهو ما ستبرزه الدراسة في ثنايا مباحثها .

هذا ويستفاد من اصطلاحات الفقهاء للمال؛المرونة الفقهية وسعة النظر؛ بوضع ضابط العرف مقرا لتعاملات الناس، وتطور حاجاتهم مع مراعاة التقوم الشرعي للمسلمين بالانتفاع المعتبر شرعا.

لذلك يمكن تأييد القول القاضي بأن الخلاف الاجتهادي بين الفقهاء في حقيقة المال مبناه العرف[٣]. بحيث تعد الأعيان، والمنافع، والديون، والحقوق أموالا لها قيمتها بين الناس مؤيدة بضابط العرف، تبادلا وانتفاعا .

---

[1] . انظر الزنجاني، محمود بن أحمد، تخريج الفروع على الأصول، ط٥، مؤسسة الرسالة، (تحقيق محمد أديب صالح)، بيروت، ١٩٨٢م، ص٢٢٥. الزركشي، المنثور في القواعد، ٣١٩٧-١٩٨، القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، بلا، ٤م، دار الكتب العلمية،(تحقيق خليل المنصور)، بيروت،١٩٩٨م، ٢١٣/١ . البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع،٦م، دار الفكر، (تحقيق هلال مصيلحي)، بيروت،١٤٠٢هـ، ٨٠/٤. ابن قدامة ،عبد الله بن احمد الجماعيلي،المغني على مختصر الخرقي، بلا، دار الأفكار الدولية،(تحقيق رائد بن صبري)،عمان ،٢٠٠٤م، ١٧٥/٥.

[2]. الزرقا ، المدخل الفقهي العام٢٠٨/٣.

[3] . الخياط، عبد العزيز، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ١٩٧٧م، ١٣٩٧هـ، ص١٠٧ . من المناسب ذكر تعريف المال عند الدكتور القرة داغي: **كل ما هو له قيمة بين الناس، ومنفعة حسب العرف.** القره داغي : المقدمة في المال والاقتصاد والعقد والملكية .http://qaradaghi.epkss.com/port l . وهو تعريف مناسب جدا .

وبناء على ما سبق، يمكن القول إن المال يطلق على جميع ما فيه منفعة في عصرنا الحاضر، مثل الحقوق المعنوية، والطاقة الشمسية، والهوائية، والذرية، ونحوها، بحيث تعتبر هذه الأشياء أموالاً لها قيمتها، وحرمتها.[١] وأكد الدكتور عباس الباز أن هذه المنفعة تثبت بإذن الشرع، أو بالتجربة العلمية.[٢]

ومن المناسب القول إن الفقهاء لم يميزوا بين مصطلحي المال، ورأس المال، فكلاهما جاء بمعنى واحد [٣].

هذا وقد فرق الاقتصاديون بين المال ورأس المال؛ فالمال أعم ، يشمل كل شيء نافع أي قابل لإشباع حاجة إنسانية حتى ولو لم يكن له ثمن كالهواء، وحرارة الشمس، أو لم يستخدم في الإنتاج؛ كالمال الاستهلاكي كالطعام للأكل، والمنزل يسكنه صاحبه ، وأما إذا استخدم في الإنتاج فيسمى رأس المال، فالمال ذو مدلول عام يشمل رأس المال، ورأس المال _ فقط _ هو الذي يعتبر عامل إنتاج .[٤]

ورأس المال: هو الآلات والموجودات الثابتة التي تستعمل في إنتاج سلع، وخدمات، له الحق بحصة من الإنتاج على أساس نسبي، وهي نسبة تتحدد من خلال العرض، والطلب في السوق، وذلك إذا دخل الدورة الإنتاجية على أساس المساهمة في الإنتاج.[٥]

المطلب الثاني: حقيقة توابع الأموال عند الفقهاء.

إن الناظر في المدونات الفقهية لا يظفر بتعريف اصطلاحي محدد للتبعية وتوابع الأموال، يرجع السبب في ذلك حسب ظني إلى تنوع حقيقة التبعية، وتوابع الأموال بتنوع محل الأصل المالي أو الأصل المملوك، لكن تأتي هذه الدراسة لتسلط الأضواء على العبارات الفقهية في متونها، لتخرج بتصور واضح .

---

[1] . انظر القره داغي، المرجع السابق .

[2] . الباز، عباس احمد، المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف به في الفقه الإسلامي، ط٢، إشراف ومراجعة ،عمر الأشقر، دار النفائس ، الأردن ، ١٤٢٤هـــ، ٢٠٠٤م. ص٣٧.

[3] . انظر الدباغ، أيمن مصطفى ،نظرية توزيع العوائد على عوامل الإنتاج في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه(غير منشورة) إشراف عبد المجيد الصلاحين ، الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٣ .ص٦٥.
وينقسم رأس المال عند علماء الاقتصاد عدة تقسيمات ،منها : **أولا** : ينقسم رأس المال من حيث الشكل إلى رأس مال إنتاجي أو عيني وهو : السلع المادية التي تساهم في الإنتاج بشكل مباشر كالآلات ، ورأس مال نقدي أو قيمي وهو : النقود التي لا تساهم في الإنتاج بشكل مباشر وإنما عن طريق تحولها إلى رأس مال إنتاجي أو عمل أو أرض ، أي حين تستخدم لشراء أو استئجار أحد عوامل الإنتاج ، ولذلك فلا تعتبر النقود عاملاً إنتاجيا إلا إذا تحولت إلى أحد أنواع عوامل الإنتاج ، أما رأس المال الإنتاجي فيعتبر عامل إنتاج .
ثانيا : تقسيمه من حيث الاستعمال إلى رأس مال ثابت وهو : الذي يستخدم في الإنتاج بصفة متكررة ويستهلك تدريجيا خلال فترات زمنية متعددة تسمى بالعمر الإنتاجي لرأس المال كالآلات والمباني ،ورأس مال متغير أو متداول وهو : الذي يستخدم في الإنتاج مرة واحدة يستهلك بها كليا كالمواد الأولية والوقود .انظر ايمن الدباغ نظرية توزيع العوائد ص٧٧،نقلا عن السمان: موجز الاقتصاد السياسي ٣١٢/١، عمر، نظرية القيمة ١٢٧-١٤٢.

[4] . ايمن الدباغ ، نظرية توزيع العوائد، نقلا عن حشيش وآخرون ، مبادئ علم الاقتصاد ١٨-١٢.

[5] . منذر القحف ، وغسان إبراهيم ، الاقتصاد الإسلامي علم أم وهم، دار الفكر، دمشق،٢٠٠٠م، ص١٤٢.

ومن خلال تتبع مصطلح التبعية لدى علماء الشريعة تبين أن العلاقة التي تحكم التابع مع أصله يطلق عليها التبعية، وقد بحثها الفقهاء في تطبيقاتهم الفقهية، ويختلف المعنى المراد بها حسب الباب الفقهي المبحوثة فيه؛ باب الزواج والطلاق، باب الوصايا والمواريث... وباب المعاملات وهو المجال المقصود بالدراسة والتطبيق.

ولعل الأئمة الحنفية[1] والشافعية[2] كانوا أكثر عناية من غيرهم في وضع محددات لتوابع الأموال مما قد يمهد لضبط حقيقتها عندهم، جاء في مجمع الأنهر:(ما يدخل في البيع تبعا بغير تسمية، وما لا يدخل، والأصل أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا، أو كان متصلا بالمبيع اتصال قرار، أو كان من حقوق المبيع، ومرافقه يدخل في البيع بلا ذكر صريح). [3]

بيان ذلك: توابع الأموال عند الأئمة الحنفية هي: ما يتصل بالمال اتصال قرار، وما يدخل في مسماه، وما كان من حقوقه و مرافقه (إذا كان عقارا) .

وقد اعتبر الفقهاء الأوصاف توابع للأعيان، وقاسوا عليها ما قلّت كميته وعدده إذا أضيف للمعقود عليه عند العقد، قال الإمام السرخسي رحمه الله تعالى: "لا تسمى زيادة درهم على العشرة في أحد الجانبين رجحاناً؛ لأن المماثلة تقوم به لا أصلا وتسمى زيادة الحبة، ونحوها رجحانا؛ لأن المماثلة لا تقوم بها عادة، وهذا من قوله: عليه ﷺ((للوزان حين اشترى سراويل بدرهمين: زن وأرجح، فإنا معاشر الأنبياء هكذا نزن))[4] فمعنى أرجح زد عليه فضلا قليلا يكون تابعا له بمنزلة الأوصاف كزيادة الجودة لا قدرا يقصد بالوزن عادة للزوم الربا في قضاء الديون، إذ لا يجوز أن يكون هبة لبطلان هبة المشاع فظهر أن جعله بمنزلة الجودة أولى من جعله في حكم العدم على ما ذهب إليه المصنف رحمه الله تعالى؛ لأنه أوفى بتحقيق معنى التبعية) .[5]

وكان لبعض أئمة الشافعية اعتناء بتعريف التابع على النحو الآتي:

---

[1] . شيخي زاده،عبد الرحمن بن محمد الكليوبي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ط٤،١م، (تحقيق خليل عمران)، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤١٩هـ ٣ /١٢٨.

[2].الشربيني،محمد بن أحمد الخطيب،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بلا ،٤م، دار الفكر، بيروت،٢٠٠٥م،٢٨/٢

[3]. شيخي زاده، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر١٢٨/٣ .

[4] . أخرجه أبو داود في سننه حديث رقم(٣٣٣٨). كتاب البيوع ، باب فى الرجحان فى الوزن والوزن بالأجر ٢٥٠/٣. والترمذي في سننه حديث رقم (١٣٠٥)، باب ما جاء في الرجحان في الوزن، ٥٨٩/٢. والنسائي في سننه رقم الحديث ٤٥٩٢، باب الرجحان في الوزن ٢٨٤/٧ . والبيهقي في سننه رقم الحديث (١٠٩٥٢) ،باب المعطى يرجح في الوزن والوزان يزن بالأجر، ٣٢/٦ . وأحمد في المسند حديث رقم : (١٩٠٩٨) ٤٤٥/١٣.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وأهل العلم يستحبون الرجحان في الوزن. سنن الترمذي(٦م) تحقيق: بشار عواد مع حواشي عبد الرحمن الفقيه، دار الغرب، بيروت،١٩٩٨م، ٢/ ٥٨٩.

[5] . التفتازاني ، سعد الدين ، شرح التلويح على التوضيح ،ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢١٧/٢.

عرف الإمام الشربيني(المقصود تبعا):"ما لا يتوجه إليه القصد غالبا، وإن كان مقصودا في نفسه ".[١]

بهذا يقرر الإمام الشربيني صلة القصد بالتابع ؛ وذلك بنفي القصد إلى التابع أصالة أو غالبا، فالقصد الأصيل الغالب يتوجه نحو الأصل .

كما عرف الإمام البجيرمي التابع بأنه:" كل منفصل توقف عليه المثبت، كأبواب منصوبة".

وقد ضرب مثالاً آخراً على ذلك "كدخول مفتاح الغلق المثبت؛ لأنه لا يستعمل في غيره إلا بتوقيع جديد ومعالجة مستأنفة".[٢]

بيان ذلك: تم وصف نوع من أنواع التوابع ،وهو التابع المكمل للأصل بالانتفاع به على الوجه المطلوب، وإذا ما تم فصله عن أصله لا بد له من تهيئة جديدة؛ ليتمكن من الانتفاع به مع الأصل الأخر .

جاء في "حاشيتا قيلوبي وعميرة" المراد بالتابع "ما يدخل في البيع عند الإطلاق".[٣]

وهذا التعريف يقربنا إلى عبارة سبق ذكرها عند الأئمة الحنفية وهي "ما يدخل في البيع تبعا بغير تسمية" نستشف من خلالهما أن من توابع الأموال ما يدخل في العقد عند إطلاقه، يتصور ذلك في ما كان من ضرورات العقد، أو المعقود عليه .

المطلب الثالث: حقيقة توابع الأموال عند الفقهاء المعاصرين.

أما الفقهاء المعاصرون، فقد عني عدد منهم بصياغة تعريف للتبعية، وفهم ضمنا حقيقة توابع الأموال عند بعضهم .

قسم الشيخ الجليل الزرقا _ رحمه الله_ الأموال إلى أصول وثمرات: وعرف **الثمرة:**" ما نشأ عن مال آخر، وهي الغلات التي تنتج من الأموال الأصول، كأجور العقارات، وثمار الشجر، ونتاج الحيوانات من صوف، وشعر، ووبر، ولبن، وبيض، ونحو ذلك ".[٤] وتعد الثمرة بهذا التعريف نوع من توابع الأموال التي تنتج من أصلها حقيقة أو حكما. وبهذا التعريف يؤسس الشيخ الزرقا لمصطلح توابع الأموال، وعلى ضوئه يستضاء .

---

[1]. الشربيني،محمد بن أحمد الخطيب،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بلا ،٤م،دار الفكر، بيروت،٢٠٠٥م،٢٨/٢

[2] . البجيرمي، سليمان بن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب، محمد الشربيني، بلا،٤م، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة،١٩٥١م، ٣٣٣/٣.

[3] .القليوبي، أحمد بن سلامة، وعميرة أحمد البرلسي، حاشيتا قيلوبي وعميرة:على كتاب المنهاج للنووي، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة،١٩٢١م، ٩ /١٢٠.

[4] . مصطفى الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢٢٩. وقد ذكر نفس التعريف نزيه حماد عند تعداده أقسام المال ، المال بالنظر إلى الأصلية والتبعية حماد، نزيه كمال، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق،٢٠٠٠م، ص٤٧.وجاء هذا التقسيم اقتداء بنهج الفقهاء الذين بوبوا أبوابا أسموها الأصول والثمرات ضمن عقد البيع ، أو منفردا عنه .

وما سيأتي من تعريفات تنطبق على التابع العام الذي يشمل المال وغيره، لذلك تقرر التعليقات على ما يخص توابع الأموال .

جاء في الموسوعة الكويتية **التبعية:** "كون الشيء مرتبطا بغيره بحيث لا ينفك عنه، والتابع هو التالي الذي يتبع غيره ،كالجزء من الكل ، والمشروط من الشرط ".[1] يلاحظ عدم تجاوز الموسوعة في تعريفها الحقيقة اللغوية للتبعية والتابع .

عرّف محمد صديقي **التابع** بقوله:" ما لا يوجد مستقلا بنفسه".[2] وهذا نوع من توابع الأموال ، وهو التابع المتصل بالأصل أو غير المستقل عن الأصل .

وقد بيّن الأستاذ الندوي أن **التابع** "لغيره في الوجود حقيقة أو حكما، ينسحب عليه حكم المتبوع، إذ التابع لا يحمل وجودا مستقلا" [3]. وبهذا قرر الندوي قسمين للتابع؛ ما يتبع غيره حقيقة أو حكما .

ثم تقررت حقيقة **التابع** لدى الدكتور أيمن حتمل قائلا:" هو ذلك الشيء الذي يلحق شيئا أخر باعتباره أصلا له، وتكون صفة اللحوق إما صورة، وإما حكما"[4]. يلاحظ من تعريف الدكتور أيمن غلبة وصف الشيئية في التعريف ؛ لأنه يعرف التابع بالمعنى العام له فشمل الأشخاص والأعيان والمنافع وغيرها ، أما الدراسة جاءت لتعالج موضوع توابع الأموال تحديدا.

وقد تعرض الدكتور القرة داغي إلى تعريف الأصالة والتبعية (الواردتين في إطار الأسهم والوحدات الاستثمارية) قائلا :

الأصالة: "ما كان الشيء بذاته هو المقصود الأساس في العقد، أو على الأقل يكون مقصودا، أي أن نية العاقدين لم تكن متجهة عليه أصالة. فمثلاً الذي يشتري المنـــزل يكون قصده الأساس ما هو المعد للسكن دون ملحقاته من الأشجار ونحوها" .

التبعية: "ما يدخل في الشيء تبعا مثل الحمل بالنسبة لشراء الحيوان الحامل، فالتبعية هي كون الشيء مرتبطا بغيره ارتباطا يتعذر انفراده مثل الحمل مع الحامل أو يمكن انفصاله عن متبوعه مثل مرافق المنزل ونحوها".[5]

والملاحظ عند الدكتور القره داغي الاعتناء بالمقاصد، واتجاهاتها في العقد المالي لتحديد الأصل المقصود من التابع غير المقصود .

---

[1] . الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠/ ٩٣ .

[2] . البورنو، محمد صدقي،الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية،٣ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت،١٩٩٦م، ص ١٥٨ .

[3]. الندوي، علي بن يحيى بن شرف، القواعد الفقهية ، ط٥، قدم له الشيخ مصطفى الزرقا ،(ام) ، دار العالم ،دمشق . ص٤٠٠.

[4] . حتمل، ايمن "محمد علي "، قواعد التبعية ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، إشراف عبد الله الكيلاني ،(رسالة دكتوراه غير منشورة) الجامعة الأردنية، ٢٠٠٤م. ص٤٢.

[5] . القرة داغي، علي محيي الدين ، أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ،ط١، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث رقم (١٦) ، ١٤٢٤هـ ، ٢٠٠٣م. ص ٦٧.

يلاحظ من مجمل التعريفات السابقة، التركيز على عنصر عدم استقلالية التوابع عن أصولها فهي لا تحمل وجودا مستقلا بذاتها. وذلك يفهم من خلال سياق التعريفات والأمثلة المطروحة عندهم لتدليل على ما يقصدوه من التبعية.

وبناء على ذلك؛ فإن التبع، أو التابع لا يقوم بنفسه، وإنما يقوم بأصله، وبالتالي لا يظهر الإ مع ظهور أصله. ولا يأخذ حكما غير حكم أصله .

ولذلك قالوا: ما كان تابعا لغيره في الوجود فإنه لا ينفرد بالحكم، وإنما يكون حكمه تبعا لحكم أصله[1]. ويعد هذا تطبيقا لقاعدة: " **التبع يقوم بالأصل**" وفي لفظ " **التبع لا يظهر بظهور الأصل** ".[2]

لكن بعد التدقيق في ماهية التوابع، لوحظ أن التبعية المقصودة بالدراسة تترجم علاقة توابع الأموال بأصولها على أكثر من وجه:

أ- **الوجه الأول:** توابع غير مستقلة عن أصلها؛ وذلك لعلة الاتصال بأصلها، فلا يتصور عقلا انفصالها كالحمل، أو الأوصاف مع المبيع، أو لمقصد الحظر الشرعي كالأجل والضمان مع العقود المالية .

ب- **الوجه الثاني:** توابع تحمل وجوداً مستقلاً عن أصلها، لكنها في ذات الوقت تعد تابعة ، تحقيقا لأصل نشأتها، يظهر ذلك في التوابع العائدة من الأصول الإنتاجية. وهو ما ستبينه الدراسة لاحقا .

ت- **الوجه الثالث:** توابع تحمل الوجهين السابقين كمنافع الأعيان.

المطلب الرابع: المصطلحات المراده.

ويشمل ثلاثة فروع؛ وهي المصطلحات التي تنبني عليها دعائم الدراسة:

الفرع الأول: الأصالة في العقود المالية:

الأصل(لغة): أصل الشيء أساسه وقاعدته الذي يقوم عليه ومنشؤه الذي ينبت منه. والأصل ما يبنى عليه غيره. قيل: أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه فالأب أصل للولد، والنهر أصل للجدول، وقيل: ما له فرع؛ لأن الفرع لا ينشأ إلا عن أصل، والأصالة في الرأي جودته، و في الأسلوب ابتكاره، و في النسب عراقته [3].

---

[1] . انظر البورنو ، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية ،ط٢، مؤسسة التوبة، الرياض، ٢٠٠٠م، القاعدة الثامنة والعشرون ص١٨٤.

[2] . السرخسي، محمد بن سهل،المبسوط،١٥م، دار الكتب العلمية،(تحقيق عبد العظيم العناني)، بيروت، ٢٠٠٠م،٢٢/ ١٤٧.

[3]. ابن النجار، محمد بن أحمد، شرح الكوكب المنير، ط٢، مكتبة العبيكان،(تحقيق محمد الزحيلي و نزيه حماد),١٩٧٩م،١/ ١٠. المناوي، محمد عبد الرؤوف، حقيقة التوقيف على مهمات التعاريف، ط١، دار الفكر،(تحقيق محمد رضوان)، دمشق،هـ، ص٦٩. الجرجاني، التعريفات ١ / ٤٥، مجموعة مؤلفين ، المعجم الوسيط ١ /٤٢

ومن خلال البحث في المباحث الأصولية عن مصطلح " الأصالة " خاصة في الأموال، لم تقف الباحثة على تعريف في حدها، ما عدا بعض أوصاف لمصطلح الأصالة عند الأصوليين أذكر منها التالي؛ الأصالة: هي **مطلق الماهية**، والأصالة: بمعنى **الثبوت بدون الذكر**، والأصالة **لها قوة** [١]. إذ الأصالة **تنافي التبعية.**[٢]

أما في الفروع الفقهية فيوجد ارتباط وثيق بين الأصالة والقصد، إلى حد التلازم، فكل ما كان مقصودا أصليا وصف بالأصالة في العقد، وبني الحكم عليه[٣].

هذا وقد عرف الشيخ الزرقا **الأصل من الأموال** قائلا: "هو ما يمكن أن ينشأ عنه مال آخر؛ كالدور، والأراضي، والدواب".[٤]

والأصل: "ما يكون قائما بنفسه ولا يكون وجوده تبعا، لوجود غيره أو ضمن غيره ".[٥]

أما الأصل الذي ترتبط به التوابع المالية، يمكن عرضه على قسمين هما:

أ. **القسم الأول:** الأصول المالية: وتصدق على رأس المال، والأعيان، والمنافع، والحقوق، عند قصدها بالمعاوضة .

ب. **القسم الثاني:** الأصالة: كالأصالة الإنتاجية [٦].

ولئن جاز لي أن أصوغ تعريفا للأصالة في العقود المالية في ضوء ما سبق عرضه، يمكن القول بأنها: **الغاية المقصودة أساسا من العقد، بحيث يبنى الحكم على مقتضاها.**

الفرع الثاني: التبعية في العقود المالية.

توجهت عناية الفقهاء في الاحتياط الشرعي، وتطبيق الأركان، والأصول الشرعية على محل أصل المعاملة المالية، وما قصد منها أصالة .

وما أن تنتقل العين الباحثة إلى محل التابع في المعاملة المالية لتبصر ترخصاً واغتفاراً قد بدا في أحكام الفقهاء وتقديراتهم.

---

[1] .السبكي،علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي،٣م، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٨٤م،٢ /١٠٥. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح ٢ /٤٠١، القرافي، الفروق، ٥ / ٢٦٢.

[2] . علاء الدين البخاري، كشف الأسرار ٢ / ١٤٨.

[3] .انظر المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٥ /٣٢ –٣٣.

[4] . وقد استعان بتعريف علماء القانون الموافق في نظره للتوجه الشرعي والأحكام الشرعية التي أثبتها الفقهاء لكل من الأصول والثمرات من الأموال: يقول بعضهم: **إن الثمرة ما ينشأ عن الأصل بصورة دورية ولا يلحق بالأصل تلفا أو نقصا كبدل الإيجار ومحصول الأرض** . الزرقا، نظرية الالتزام العامة ص٢٢٩–٢٣٠.

[5] . موسوعة القواعد الفقهية، القاعدة الثامنة والعشرون ص١٨٤.

[6] . انظر تفصيل ذلك ص   من هذه الرسالة .

لذلك بعد أن تلاقى ما سبق من إشارات فقهية، وما يلحق من تفريع وتطبيق، يمكن تعريف التبعية في العقود المالية على النحو التالي:

التبعية في العقود المالية: هي العلاقة التي تنظم، النواشئ واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها حقيقة أو حكما، في إطار العقد، تحكمها منظومة من الأحكام الشرعية؛ من أهمها الرخص الشرعية، وهي ما تنفرد بها عن الأصالة.

الفرع الثالث : توابع الأموال

توابع الأموال: هي النواشئ واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها حقيقة أو حكما.

وبيانها في الصور التالية:

- **عوائد من الأصول الإنتاجية:** كالثمرة في عقدي المزارعة والمساقاة، والربح في المضاربة والشركات .
- **عوامل توزيع تابعة:** وهما الضمان(= المخاطرة) والأجل [1].
- **القليل التابع:** القليل غالبا ما يعد تابعا للكثير في العقد المالي، فالقليل يصدق على الكمية، والقيمة، والمقدار، والعدد ...
- **توابع الملك:** وتضم مشتملات الأصول، وحقوق الارتفاق، وما يلحق بهما.

---

[1] . لأن المخاطرة والأجل نسب تحدد توزيع العوائد على عوامل الإنتاج، كما سيأتي بيانها .

*. **يمكن التنظير لعلاقة التابع مع الأصل بالقول:**

بعد إجراء نظرة استقرائية في المباحث الأصولية والفقهية المتعلقة بالدراسة ، يمكن القول إن علاقة التابع مع أصله علاقة متنوعة ؛ بحسب موضع التابع بالنسبة لأصله؛ وسأضرب على ذلك مثالا _ غايته تقديم تصور مبدئي يعقبه – بإذن الله – تحليل فقهي في الدراسة _ زيد من الناس أراد شراء منزل بحديقته؛ ومساقاة عاملا في بستانه، واستثمار أسهم في شركة؛ بذلك ينظّر لعلاقة الأصل (= المنزل، البستان، الأسهم) مع توابعه على النحو الأتي :

إذا كان التابع من ذات الأصل أي جزء منه، اخذ حكم الجزئية أو الاتصالية الاندماجية (كأساسات المنزل والأشجار والمزروعات المتصلة بأرض المنزل) وإذا كان التابع من مكملات الأصل أخذ حكم المكمل، وإذا كان من الحقوق الارتفاقية أخذ حكمها (مثل كراج السيارة) ، وإذا كان من أوصاف الأصل اخذ حكم الوصف، وإذا كان من مصالح الأصل اخذ حكم المصلحة كبئر الماء .

وزيد له بستان أراد أن يساقي عاملا على جزء من ثمارها، فيستحق زيد حصة محددة من الثمار باعتبارها نماء ملكه، وللعامل حصة أخرى من الثمار لقاء عمله.

في ذات الوقت يستثمر زيد أسها في شركة مالية، يستحق أرباحها باعتبارها عوائد ربحية من أصلها.

المبحث الثالث: الألفاظ ذات الصلة:

يُبحث مصطلح توابع الأموال من خلال الألفاظ الآتية: الزيادة، النماء، التولد، النتاج، الثمرة ، الغلة، الربح، المكمل .

ويشمل فرعين:

المطلب الأول: حقيقة الألفاظ ذات الصلة،والتمييز بينها لغة:

أولا: النماء: الزيادة، نما ينمو أي زاد وكَثُرَ ،ونمى ينمى ونماءً: زاد وكَثُرَ، وينمي أفصح بالياء[١].

ثانيا: الزوائد: من زود والزودُ: تأسيس الزاد،والزيادة من زيد.الزيد بالفتح والكسر والتحريك بمعنى النمو والزكاء. والزيادة بمعنى الكثرة والنمو، خلاف النقصان، فالزيادة بمعنى النماء، والنماء بمعنى الزيادة [٢]

ثالثا: التولد: من وَلَدَ، والولد اسم يجمع الواحد، والكثير، والذكر، والأنثى، والوالد الأب، و الوالدة الأم، وهما الوالدان، وشاة والد؛ أي حامل وتولد الشيء من الشيء بالمقابل يقال: نتجت الناقة والفرس، وأنتجت بالضم: إذا ولدت، و**تولد الشيء عن غيره نشأ عنه** [٣].

رابعا: النَتاج: ثمرة الشيء وهو بمعنى النتيجة، ونتج الناقة: ولدها، الناقة منتوجة والولد نتاج ونتيجة، والشيء تولاه حتى أتى نتاجه، والمنتوجة الأشياء المستثمرة. [٤]

خامسا: الثمار: وثمر الشيء: إذا تولد منه شيء آخر ، وأثمر الرجل كثر ماله ، وثمر الشيء : هو ما يتولد منه.[٥]

سادسا: الغَلّةُ: الدخل[٦] وهي الدخل من كراء أو ريع أرض[٧] .

سابعا: الربح: النماء في التجارة [٨] والربح الزيادة الحاصلة في المبايعة، والرباح النماء في التجر. قال ابن الأعرابي: الربح مثل البدل والبدل، وقال الجوهري: هو اسم مرابحة، وربح في

---

[1] . الفيروز آبادي، القاموس المحيط ٢٤/٤، ابن منظور، لسان العرب ٤٥٥١/٦، النسفي،عمر بن محمد، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، النفائس، بيروت،١٩٩٥م،٨٩/٢.

[2] . ابن منظور ، لسان العرب ١٨٩٧/٣.

[3] . الفيومي، المصباح المنير ٢ / ٦٧٢، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ٦ /١١٠، الرازي، مختار الصحاح ١/ ٧٤٠، ابن منظور، لسان العرب ٣ / ٤٦٧.

[4] .المصباح المنير ٥٩١/١، المعجم الوسيط ٧١٩/٢.

[5] .لسان العرب ١٠٦/٤، مختار الصحاح الرازي ٩٠/١، تاج العروس الزبيدي ٢٥٧٣/١.

[6] . الصاحب بن عباد ،إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة،١١م،عالم الكتب،(تحقيق محمد آل ياسين)،بيروت،١٩٩٤م، ١/ ٣٩٠.

[7] .الفيومي، المصباح المنير ٤٥٢/١.

[8] ابن سيده،علي بن إسماعيل، المخصص، إحياء التراث، بيروت،١٩٩٦م، ٨٠/٣.

تجارته يربح ربحا[1] الربح الصافي: الأرباح التي يحصل عليها بعد طرح كلفة، الإنتاج وأجور الإدارة.[2]

ثامنا : المكمل: من كَمَل الشيء يَكْمُل وكَمِل وكَمُل. يقال: كَمَل الشيءُ وكَمُل فهو كاملٌ، أي تامّ[3]. قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾[4].

وجه الفرق بين المصطلحات لغة:

يلاحظ أن الحقيقة اللغوية (للنماء والزيادة والتولد) تكمن في كونها أوصاف لعملية بين الأصل ونتيجته (وهي النتاج، والثمار، الغلة، الربح ...) بسبب عوامل طبيعية (أي خِلقة) أو بسبب العمل؛ بحيث تتنوع مخرجاتها بحسب الأصل الذي نمت أو تولدت منه.

وذلك يظهر إذا أضيف (النماء والزيادة والتولد) للمركب المالي سواء أكان ماديا، أو معنويا . كنماء الأرض، وتولد الدابة، نماء المال؛ عيناً وقيمةً ومنفعةً .

المطلب الثاني: حقيقة الألفاظ ذات الصلة عند الفقهاء .

أولا: النماء: ما يكون نتيجة الإنماء غالبا، كما يقول الفقهاء، والنمو عند الإمام النسفي: نماء الملك للمالك[5].وقد يكون النماء ذاتيا. والنماء نوعان: حقيقي وتقديري، فالحقيقي الزيادة بالتوالد والتناسل والتجارات، والتقديري: التمكن من الزيادة بكون المال في يده أو يد نائبه[6] .

قال الإمام الشيرازي: ما يحدث في عين الرهن من النماء المتميز كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر لا يدخل في الرهن.[7]

ثانيا: الزيادة: ظهرت مسألة الزوائد المالية عند الفقهاء في باب البيع وهي الزوائد التي قد تطرأ على المبيع مقسمة إلى زوائد متصلة؛ متولدة وغير متولدة من الأصل، وزوائد منفصلة؛ متولدة وغير متولدة من الأصل،وفي باب الغصب وهي زوائد المغصوب ونمائه، وفي باب المضاربة وهي الزوائد الحاصلة من مال المضاربة هل هي للمالك أم للعامل فيها خلاف بين الفقهاء، وفي

---

[1] . لسان العرب ٤٤٢/١.معجم مقاييس اللغة ٣٩٣/٢.المناوي، التوقيف على مهمات التعريف ٣٥٤/١.

[2] . معجم لغة الفقهاء ١ /٢١٩

[3] . ابن منظور، لسان العرب٥٩٨/١١، الزبيدي ، تاج العروس ١ /٧٤٩٠.

[4] . سورة المائدة :آية ٣

[5] . النسفي، طلبة الطلبة ٢ / ٨٩.

[6] . الموسوعة الفقهية الكويتية ٧ /٦٣.

[7] . الشيرازي ،إبراهيم الفيروزابادي، المهذب في الفقه الشافعي،ط٣،١م،دار الكتب العلمية،(تحقيق زكريا عميرات)، بيروت،١٩٩٥م، ٣١٠/١. لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يجزئه ؟ في ثلاثة أوجه ثالثها يفرق بين أن يكون النماء نصابا فلا يجوز لاستقلاله بنفسه في الوجوب وبين أن يكون دون نصاب فيجوز لتبعيته للنصاب في الوجوب ، ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية أو ربح تجارة فيجوز في الأول دون الثاني من المسألة التي قبلها. ابن رجب،عبد الرحمن بن احمد، القواعد في الفقه الإسلامي، مكتبة الخانجي،القاهرة،١٩٣٣م ١ / ٩٥.

الرهن الهبة والإقالة وغيرها، مرد اختلاف الفقهاء في حكم هذه الزوائد يعود إلى قاعدة الأصالة والتبعية.[١]

ثالثا: التولد: هو نشأة شيء من شيء، **أي النشوء من الأصل**؛ ومنه: تولد الدود من الفاكهة، إذا نشأ منها.[٢] لم يخرج استعمال الفقهاء لمعنى التولد عن المعنى الذي اصطلحه اللغويون. بحيث يصب المعنى في ما يتولد وينتج من غيره .

رابعا: النتاج: نتاج الحيوان: ولده، ونتاج الحقل: غلته[٣] **والنتاج لمن ولد في ملكه ملكه**[٤] قال الإمام ابن رجب: النماء المتولد من العين حكمه حكم الجزء، والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح[٥]. ويدخل في مفهوم النماء المقصود عند الإمام ابن رجب ما نتج من الدابة فأعطاها حكم الجزء من الأصل أي أعمل التبعية فيها.

كما فرق الفقهاء بين الربح والنتاج :بأن النتاج ما كان متولدا من المال بنفسه، أي ما كان من عين الأمهات ، أي ما يتولد من أصل المال. أما الربح فإنه يكتسب بحسن التصرف في المال أي بتقليب المال مع تحمل المخاطر .[٦]

خامسا: الثمار: هي ما نشأ عن مال آخر،مثل الغلات التي تنتج من الأموال الأصول، كأجور العقارات، وثمار الأشجار، ونتاج الحيوانات من صوف وشعر ووبر ولبن وبيض ونحو ذلك[٧]. والثمار هي نوع من توابع الأموال .

سادسا: الغلة: تطلق عند جمهور الفقهاء من الحنفية[٨] والشافعية[٩] والحنابلة[١٠]على مطلق الدخل الذي يحصل من ريع العين أو أجرتها ، ويقال أيضا (هي كل عين حاصلة من ريع الملك)[١١] وللسادة المالكية معنى أخص: قال ابن عرفة: ما نما عن أصل قارن ملكه نموه حيوان، أو نبات، أو أرض.[١٢] وفي حاشية الدسوقي: ما تجدد من سلع التجارة قبل بيع رقابها.[١٣]

---

1. انظر الكاساني،علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع،ط٨،١م، دار المعرفة،بيروت،٢٠٠٠م، ٢٥٨/١٢.الخرشي، حاشية الخرشي /٥٣٣-٥٣٤. البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٦ /٣٩٩
2. . قلعه جي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت،١٩٨٥م، ١ / ١٥٢.
3. . المرجع السابق ٤٧٤/١.
4. . علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المحتار ١٢/ ٤٤.
5. . ابن رجب ، القواعد الفقهية ٩٥/١.
6. الزركشي ،محمد بن بهادر، خبايا الزوايا، دار الكتب العلمية،(تحقيق احمد شعبان)، بيروت،١٩٩٦م، ص٢٩٩،٢٩٨.
7. .نزيه حماد ،قضايا فقهية معاصرة، ص ٤٧ .
8. . السمرقندي ،محمد بن احمد، تحفة الفقهاء،ط٣،٣م،(تحقيق محمد زكي)،دار التراث،القاهرة، ١٩٩٨م ٢٠٨/٣. الحصفكي، الدر المختار ٣٦٩/٥.
9. . النووي ، روضة الطالبين ٢١٠/٣.
10. . ،البهوتي، الروض المربع ٢٨١/١.
11. . ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،٦٩٥/٦، الشربيني، مغني المحتاج ،١٠٣/٤،الموسوعة الفقهية ٣١/ ٢٦٧-٨٣،٣٢.
12. . الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ١ / ١٣٢.
13. .الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤١٨/١.

سابعا: الربح: قال الإمام ابن عرفة الربح : زائد ثمن مبيع تجر على ثمنه الأول[1] وقال في موضع أخر : ما دفع عوضا عن المبيع لعقد بيع عليه ، وثمن ما زيد فيه وله عين قائمة .[2] قال ابن قدامة: الربح هو الفاضل عن رأس المال [3] .

ذكر الدكتور أيمن الدباغ أن الربح _عند الفقهاء_ هو نماء رأس المال النقدي ، وعكسه الخسارة: وهي الجزء الهالك من رأس المال النقدي .[4]

فالربح: الزيادة في راس المال نتيجة تقليب المال من حال إلى حال في عمليات التبادل المختلفة .[5]

وبإجراء مقارنة بين الربح والأجرة والزيادة أو النماء، يتضح أن العائد الزائد من رأس المال لا يسمى ربحا الإ إذا مازجه العمل من ناحية، وكانت هذه الزيادة نتيجة مبادلة، ينقلب فيها رأس المال من حال إلى حال، أما إذا كان العائد المتحصل ناتجا عن استعمال العين المالية دون تحويلها –كما يتحول النقد في التجارة إلى سلع – فإن ما يتحصل نتيجة ذلك الاستعمال الذي تبقى فيه العين على حالها ، لا يسمى ربحا، بل هو أجر يقابل المنفعة، وإذا كان العائد المتحصل ناتجا عن زيادة طبيعية، أو متولدة من الأصل كالصوف والدر والنسل من الماشية مثلا، والثمر من الشجر، فإن ذلك يكون نتاجا، أو فائدة .[6]

وبذلك يتبين لنا أن الربح تابع لرأس المال؛ كونه متولد منه .

ثامنا: المكمل: معنى لا يقوم بنفسه عقلا؛ وبهذا يشبه التابع؛ لأن علاقة المكِمل بالمكمل كعلاقة التابع بالمتبوع.[7] فما يعد من مكملات الأصل وملحقاته، يتبعه في الملكية؛ لأن منفعة الأصل المملوك لا تتم الإ بملك مكملاته .

من خلال الربط بين المعاني اللغوية والمعاني الاصطلاحية الفقهية السابقة، أخلص إلى النتائج الآتية :

- بنى الفقهاء اصطلاحاتهم الفقهية واستعمالهم لها، على ما قدمه اللغويون .

---

[1] . الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ١٣٠/١.

[2] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ٢ / ٨٩ .

[3] . ابن قدامة ، الكافي ١٥٧/٢.

[4] . أيمن الدباغ ، نظرية توزيع العوائد ص٨٨.

[5]. حماد،نزيه كمال، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء،ط٣،المعهد العالمي للفكر الإسلامي،الرياض،١٩٩٥م،ص١٤١. وقد أشار ابن خلدون إلى معنى الربح وطرق تحقيقه ، قال : اعلم أن التجارة محاولة الكسب بتنمية المال ، بشراء السلع بالأرخص ، وبيعها بالغلاء ، أيًا ما كانت السلعة ، من دقيق أو زرع أو حيوان أو قماش ، **وذلك القدر النامي يسمى ربحًا** . فالمحاول لذلك الربح إما أن يختزن السلعة ، ويتحين بها حوالة الأسواق من الرخص إلى الغلاء ، فيعظم ربحه ، وإما بأن ينقله إلى بلد آخر ، تنفق فيه تلك السلعة أكثر من بلده الذي اشتراها فيه ، فيعظم ربحه. مقدمة ابن خلدون ٩٢٧/٢.

[6] . سامي حمود ، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية،دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٧٦م، ص٢٧٤.

[7]. الشاطبي الموافقات ١٩/٢.

- هناك ترادف بين مصطلحات النماء والزيادة والتولد؛ بمعنى النشوء من الأصل، ويقسم النشوء فيها إلى حقيقي(وهو من ذات الأصل) وحكمي (وهو بمساعدة عامل خارجي كالعمل)، كما تقسم بالنسبة لاتصالها بأصلها إلى، متصلة ومنفصلة .
- التولد أو النماء من أسباب التبعية ؛ يمثل فيها المتولد منه (الأصل) والمتولد أو النامي (التابع).
- التولد الحقيقي: مثاله النتاج والثمار، التولد الحكمي: مثاله الربح، الأجرة، منافع المال.
- تعد الثمرة، النتاج، الغلة، الربح، المكمل، أنواع من توابع الأموال.
- مصطلح توابع الأموال يعم المصطلحات السابقة، لتحقق وصف التبعية فيها للأصل.

الفصل الأول: الأدلة الشرعية على اعتبار توابع الأموال.

المبحث الأول: أدلة التبعية من الأصول الشرعية[1]:

ويشمل خمسة مطالب:

أينعت ثمار الفقه الإسلامي الزاخر بأصوله وفروعه على اعتبار قاعدة الأصالة والتبعية، مستمدة اعتبارها من جذورها الرئيسة...

المطلب الأول: دليل التبعية من القرآن الكريم.

❖ قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَـٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَـٰهَا سُلَيْمَـٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَٱلطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَـٰعِلِينَ ﴿٧٩﴾ ﴾[2]

وجه الاستدلال : تظهر الدلالة على " توابع الأموال " من قضاء سيدنا سليمان عليه السلام في قضية إتلاف غنم القوم ليلا لمزروعات مملوكة لرجل حين اختصموا لدى سيدنا داود وسليمان وكان قضاء سيدنا سليمان عليه السلام هو السديد؛ فأمر أن يأخذ أصحاب الغنم الحرث ؛يُقوم عليه عاملهم، ويصلحه عاما كاملا حتى يعود كما كان ويرده إلى أصحابه، وأن يأخذ أصحاب الحرث؛ الغنم تسلم أراعيهم فينتفعوا من ألبانها، وأصوافها، ونسلها لحين أن يضمن ما أتلفته الغنم فإذا كمل الحرث، وعاد إلى حاله الأول صرف إلى كل فريق ما كان له. فقال سيدنا داود عليه السلام : وفقت يا بني. وقضى بينهما بذلك.[3]

مما تقدم **تظهر صلة "توابع الأموال " وهي اللبن، والصوف، والنسل مع أصلها "الغنم"؛ حيث انتقلت بانتقال أصلها مع توجه قصد الانتفاع بها. فإذا ملك الأصل بوجه ما لحقت به توابعه ومُلِكَت بملكه.**

❖ قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍۭ ﴾[4]

---

[1] . عدّ العلماء مصادر الفقه، أي منابعه التي يستقي منها ، أربعة أساسية هي : الكتاب ،والسنة ،والإجماع، والقياس ، ومصادر أخرى تبعية متفرعة من المصادر الأساسية هي: الاستحسان ،والاستصلاح، والعرف. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ص٨٧،٧٣.
المصادر التقريرية لتوابع الأموال تستقى من الشرع الحنيف باعتباره المورد الأصيل الأول الذي تردّ المصادر الأخرى إليه ، ليكون حاكما يقر ما وافق منهجه القويم ويرد ما يخالفه ، كالعرف، والمصلحة .

[2] . سورة الأنبياء آية : ٧٨، ٧٩.

[3] . ابن عاشور محمد الطاهر، التحرير والتنوير، دار الكتب الشرقية، تونس،١٩٩٦م، ١٧/ ٨٥.

[4] . سورة قريش : آية ٤. قال القرطبي في تفسير الآية : أي بعد جوع " وآمنهم من خوف " قال ابن عباس: وذلك بدعوة إبراهيم عليه السلام حيث قال: " رب اجعل هذا بلدا آمنا وارزق أهله من الثمرات " . البقرة: ١٢٦ .

وجه الدلالة: فُهم من الآية الكريمة أن المنافع نوعان: **أصلية** تراد لذاتها، كالطعام واللباس والسكن ونحوها.

ومنافع تابعة لها، كالأمن من المخاطر. وهذه الآية أشارت إلى المنفعة الأصلية بالطعام، وللمنفعة التابعة بالأمن. إذ الخوف المذكور هو في الحقيقة خوف زوال المنفعة الأصلية أو نقصها، كالخوف من نقص الثمرات، أو القحط، أو المجاعة وضياع الأملاك بسبب الجريمة ونحو ذلك.

وذلك تمهيداً للقول بأن الأمان والضمان من المخاطر؛ صفة للمنفعة الأصلية، والصفة عرض لا يقوم بذاته، وحينئذ يمتنع الانتفاع مجردا، فلا ينبغي أن تقع المعاوضة عليه استقلالا بل تابعة[1].

المطلب الثاني: دليل التبعية من السنة النبوية:

الحديث الأول: عن عبدالله بن عمر ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:

((من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع))[2] [3]

ويعدّ "حديث الإبار والعبد " عمدة الاستدلال على قاعدة الأصالة والتبعية.

دلّ الحديث الشريف دلالة مباشرة على التبعية وكان لها أوجه؛ **الوجه الأول** (تبعية الجزء المتصل بأصله) وذلك بجعل الثمرة غير المؤبرة ملك المشتري ،هذا ما بينه الإمام الشافعي قال: (فإذا جعل النبي ﷺ الإبار حدا لملك البائع فقد جعل ما قبله حدا لملك المشتري)[4] ؛ لأن الثمرة غير المؤبرة جزء متصل يحتاج إلى أصله حاجة بقاء وضرورة فانتقلت مع أصلها عند بيعها بحكم التبعية. لذلك كانت جزء نام غير مستقل عن أصلها .

وقال ابن زيد: كانت العرب يغير بعضها على بعض، ويسبي بعضها من بعض، فأمنت قريش من ذلك المكان الحرم – وقيل: شق عليهم السفر في الشتاء والصيف، فألقى الله في قلوب الحبشة أن يحملوا إليهم طعاما في السفن، فحملوه، فخافت قريش منهم، وظنوا أنهم قدموا لحربهم، فخرجوا إليهم متحرزين، فإذا هم قد جلبوا إليهم الطعام، وأغاثوهم، بالأقوات، فكان أهل مكة يخرجون إلى جدة بالإبل والحمر، فيشترون الطعام، على مسيرة ليلتين. القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ٢٠ / ٢٠٩

[1] . انظر السويلم، سامي، عقد الكالئ بالكالئ تدليلا وتعليلا، مركز البحث والتطوير شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م . ص ٥٣،٥٤.

[2] . أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٢٣٧٩)، كتاب : المساقاة– الشرب: باب: الرجل يكون له ممر، أو شرب في حائط ، أو في نخل، ٤٨٤/٨، ومسلم في صحيحه حديث رقم :(١٥٤٣) ، كتاب البيوع: باب بطلان بيع المبيع...، ١١٧٢/٣.
مسألة العبد في هذا الحديث اختلف فيها سالم ونافع رفعاً ووقفاً، رفعها سالم إلى النبي ﷺ ، ووقفها نافع على عمر وجعلها قولاً له. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري٥٠/٥.

[3] . والابتياع: الاشتراء، والمبتاع هو المشتري .ابن منظور، لسان العرب ٢٣/٨، الفيومي، المصباح المنير ٦٩/١.
سيتم الاستدلال بهذا الحديث في المباحث التأصيلية لاحقا ، ذلك لأنه عمدة الاستدلال للتبعية .

[4] . الماوردي ،علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه الشافعي، ط١٩١م، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٤م،٢٨٣/١

الوجه الثاني: تبعية الجزء المستقل عن أصله إلى من نشأت في ملكه؛ تظهر من إلحاق الثمار المؤبرة[1] بملك البائع دون المشتري لوجود وصف التأبير في الثمرة، يمكن تعليل ذلك
أن التأبير عملية قدم البائع فيها جهدا خاصاً رجاء تحصيل الثمرة مما جعلها مقاربة لحكم الاستقلال عن أصلها كونها منفصلة حكما عن أصلها فحكم بالتبعية لمن نشأت في ملكه .

الوجه الثالث: تبعية الوصف المستقل عن الأصل لمستحقها (البائع)، يؤصل من بيان النبي ﷺ أن مال العبد تابع للبائع؛ العبد وماله ومنافعه ملك للسيد فكان البائع هو المستحق الأول لمال العبد بالتبعية، ولأن مال العبد الحاضر عند البيع يعد وصفا مستقلا مرغوب لدى المشتري جعله الشرع مستحقا للمشتري بالاشتراط في العقد .

الوجه الرابع: تبعية حقوق الارتفاق لمن يملك الأصل المرتفق به، هذا ما استنبطه الإمام البخاري من الحديث، ذلك أن للبائع الممر والسقي حتى يرفع أي ثمرته وكذلك رب العرية ، وعقب ابن المنير وجه دخول هذه الترجمة في الفقه التنبيه على إمكان اجتماع الحقوق في العين الواحدة هذا له الملك وهذا له الانتفاع وهو مأخوذ من استحقاق البائع الثمرة دون الأصل فيكون له حق الاستطراق لاقتطافها في أرض مملوكة لغيره [2] .

الحديث الثاني: عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: ((لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره) قال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم)).[3]

وجه الاستدلال: يمكن تأصيل مسألتين من الحديث الشريف؛ **المسألة الأولى:** أن المرافق هي ملك لصاحب العين المرتفق بها فالجدار مرفق وتابع في الملك للبناء الذي يحيط به الجدار.

المسألة الثانية: يثبت الحديث الشريف حقا للارتفاق بجدار الجار بغرز خشبة، أو بما ينتفع به عادة من بناء، أو تهوية وغير ذلك على خلاف بين الفقهاء في درجة هذا الحق هل هو على الوجوب، أم على الندب[4] ؟ بشرط عدم الإضرار بملك الجار المالك للجدار.

جاء في الفروق:(أن الشرع له قاعدة ؛ وهو أنه إنما يملك لأجل الحاجة، وما لا حاجة فيه لا يشرع فيه الملك)[5] تعد مرافق وملحقات العين المملوكة ، أو المستأجرة من حاجات الملك .

---

1. تؤبر: من التأبير التشقيق والتلقيح ومعناه شق طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شيء من طلع النخلة الذكر والحكم مستمر بمجرد التشقيق ولو لم يضع فيه شيئا ؛ أي بمجرد تشقيق النخل بنفسها يطلق حكم التأبير عليها. ابن منظور، لسان العرب ٤/٣، الأزهري ، تهذيب اللغة ١٤٨/٥،ابن حجر، فتح الباري ٤٠٢/٤، النووي ، المنهاج شرح صحيح مسلم١٠/ ١٥٤
2. ابن حجر ، فتح الباري ٥٠/٥ .
3. أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة ،باب تحريم الظلم وغصب الأرض،١٣٤/٦.
4. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٣٥٨/٤،الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ مالك، بلا، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٧م، ٦٤/٦. ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة ٢ / ٩٤٢. ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، ط٣، دار الوفاء.(تحقيق أنور الباز)، ٣٠/ص٤٠٠.
5. القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق١١٣٤/٤.

الحديث الثالث: عن عائشة ﷺ قالت: ((إن رجلاً ابتاع غُلامًا، فأقام عنده ما شاء اللهُ أن يُقيمَ، ثم وجدَ به عيبًا ، فخاصمَه إلى رسول الله ﷺ فردَّه عليه. فقال الرجل: يا رسول الله ،قد استَغَلَّ غُلامي، فقال رسولُ الله ﷺ :« الخراجُ بالضَّمَانِ »))[١].

وجه الدلالة من الحديث: أن الخراج هو العائد من ربح وأجرة ومنفعة وغيرها.. يستحق لمن ضمن ملك الأصل أو تحمل المخاطرة في التجارة؛ لأن الضمان يتبع الأصل المعقود عليه من عين أو منفعة باعتباره عامل إنتاج تابع، وجعل الضمان بالخراج؛ بوصف الخراج عائد مالي تابع للضمان لأنه استحق بسببه. وهذا تأصيل للتبعية من وجهين :

الوجه الأول: الضمان تابع لأصله؛ لأن الضمان لا يوجد في معاملة مالية مستقلا، بل تابعا لأصله المالي سواء كان الأصل عامل إنتاج ، بحيث يوصف الضمان فيه بالمخاطرة في تقديم العامل الإنتاجي وتحمل تبعة الخسارة .أو كان الأصل محلا المعاوضة المالية أي سلعة .

الوجه الثاني: الخراج تابع لمن ضمن ملك الأصل في عقد معاوضة، أو التزم بتقديم عامل إنتاج في عقود المشاركات .

لا بد من بيان معنى الخراج والضمان عند الفقهاء والمعاصرين لتضح الصورة وذلك ما يلي:

الخراج: هو ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبدا كان أو أمة أو ملكا وذلك أن يشتريه فيستغله زمانا ثم يعثر منه على عيب قديم لم يطلع البائع عليه أو لم يعرف فله رد العين المبيعة وأخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان في ضمانه بالضمان أي بسببه .[٢]

وقد شمل مصطلح الخراج كل ما نشأ عن الأصل المعقود عليه حقيقة أو حكما، حيث جاء في تفسيره أيضا؛ **الخراج** كل ما خرج من غيره، فيشمل الزيادة المتولدة المنفصلة ،كثمر الشجر وولد الحيوان، وغير المتولدة ، كأجرة الشيء المأجور ، ويشمل أيضا منافع الشيء [٣]

وجاء في معنى الضمان ما يلي :

يقصد بالضمان رد مثل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا .[٤]

---

[١]. أخرجه أبو داوود في سننه رقم: (٣٥٠٩) كتاب البيوع :(باب فيمن اشترى عبدا ...)٣٠٤/٣، والترمذي في سننه رقم (١٢٨٥)، كتاب البيوع : باب (من جاء فيمن يشتري العبد...)٥٨٢/٣،والنسائي في سننه رقم(٤٤٩٠)،كتاب البيوع : (باب الخراج بالضمان٢٥٤/٧،وابن ماجة في سننه، رقم:(٢٢٤٢)، كتاب البيوع : (باب الخراج بالضمان) ٧٥٤/٢.

[2]. المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ٤ /٥٠٧، حاشية السيوطي والسندي على سنن النسائي السيوطي ٦ /١٥٩. قال الترمذي حديث حسن صحيح ، غريب من حديث هشام بن عروة. ابن الملقن ، تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج ٢ / ٢٢٩ .

[3] .ابن نجيم، الأشباه والنظائر الفن الأول القاعدة العاشرة ، ص١٧٥ ، نزيه حماد ، قضايا فقهية .ص٤٧.

[4] . ابن نجيم، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢١٠/٢.

وجاء تفسير أخر للضمان، غير تحمل تبعة هلاك المعقود عليه؛ وذلك بمعنى **المخاطرة** وهي تقديم العامل الإنتاجي مع الالتزام بتحمل الخسارة فيه الناتجة عن تقلب الأسعار في السوق.[١] حيث ذهب الدكتور أيمن الدباغ: إلى أن يفسر الضمان بمعنى عام، وهو الالتزام بتقديم العامل الإنتاجي سواء وجدت المخاطرة أم لم توجد ، وان يفسر الخراج بمعنى عام، يشمل كل عائد يقابل ذلك الالتزام، ليكون الحديث أصلا في بيان سبب استحقاق العوائد في عقود المعاوضات، وهو الالتزام بتقديم العامل الإنتاجي فيها .[٢]

وقد قرر الفقهاء أن الضمان لا بد أن يكون مقرونا بالملك ليُستحق الخراج، جاء في الأشباه والنظائر: قال الفقهاء: معناه (أي الخراج بالضمان) ما خرج من الشيء: من غلة ، ومنفعة ، وعين، فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه ، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم.[٣]

وهو ما أكده الشيخ الزرقا حين قال: إن الغلة وسائر الثمرات يملكها مالك الأصل الضامن له – أي الذي يهلك الأصل من حسابه – ولو انتقضت ملكيته ؛ فإن هذا الانتقاض لا يكون له استناد،أي اثر رجعي بالنسبة إلى الثمرة[٤]

وقد استدل الحنفية [٥] بحديث " الخراج بالضمان " على أن الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تكون للمشتري ولا تمنع الرد بالعيب .

واكتفي بهذا القدر من البيان هنا، لورود الاستدلال بالحديث في ثنايا الدراسة، مع ختم الكلام بتقرير لطيف في وصف "تبعية الضمان " للدكتور سامي السويلم قال: الضمان تابع للمنفعة الأصلية في الوجود، فلذا صار حكمه أن يتبعها في المبادلات المالية، والضمان لا يتصور وجوده في الواقع الإ تابعا لمنفعة، أو عين قائمة، ولا يوجد مجردا. فهو ضمان لمخاطر زوال، أو تلف منفعة حقيقية، ولا يتصور ضمان دون مضمون. [٦]

---

[1] . أيمن الدباغ ، نظرية توزيع العوائد على عوامل الإنتاج ص٩٧.

[2] . المرجع السابق ص١٠٠،٩٩.

[3] . وقد ذكروا هنا سؤالين: أحدهما : لو كان الخراج في مقابلة الضمان ؛ لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ، ثم العقد ، أو انفسخ ، لكونه من ضمانه ، ولا قائل به .
وأجيب : بأن الخراج معلل قبل القبض بالملك وبعده به ، وبالضمان معا : واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان ؛ لأنه أظهر عند البائع ، وأقطع لطلبه ، واستبعاده أن الخراج للمشتري .
الثاني : لو كانت العلة : الضمان ، لزم أن يكون الزوائد للغاصب ، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره .
وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله " إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب " .
وأجيب : بأنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك ، وجعل الخراج لمن هو مالكه ، إذا تلف تلَف على ملكه ، وهو المشتري ، والغاصب لا يملك المغصوب . وبأن الخراج : هو المنافع ، جعلها لمن عليه الضمان .
ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المغصوب بل إذا أتلفها ، فالخلاف في ضمانها عليه ، فلا يتناول موضع الخلاف . السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ١/٢٤٥،٢٤٤.

[4] . مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام العامة، ص٢٣١

[5] . السرخسي، المبسوط١٦ /١٢ .

[6] . سامي السويلم ، عقد الكالئ بالكالئ ،ص٥٤،٥٣.

المطلب الثالث: دليل التبعية من الإجماع .

أجمع علماء الشريعة على مبدأ التبعية في الملكية، وذلك يعني أن ما يعد تابعا لغيره في الوجود يلحقه في الملكية، عند إجراء المبادلات المالية .[١]

مثال ذلك: ما كان متصلا بأصله ، اتصال قرار ، كالشجر، فإنه يدخل في بيع الأرض.[٢]

جاء في تحفة الأحوذي: " كذلك أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غرر حقير. منها أنهم أجمعوا على **صحة بيع الجبة المحشوة** وإن لم ير حشوها ولو بيع حشوها بانفراده لم يجز، وأجمعوا على **جواز إجارة الدار والدابة والثوب** ونحو ذلك شهرا مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين " [٣] وما هذه الأمثلة إلا توابع مالية أجيز بيعها مع أصلها لوجود الحاجة إليها ، على الرغم من اشتمالها على الغرر الإ انه اغتفر لوجوده تبعا .

المطلب الثالث: دليل التبعية من القياس

استندت أقيسة الفقهاء _ رحمهم الله _ على حديث ابن عمر ﷺ عن النبي ﷺ: **((من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع))**[٤]

جاءت الثمرة (المؤبرة، وغير المؤبرة) أصلا يقاس عليه أمثالها بجامع التولد من الأصل، أو الاتصال بالأصل؛ لأنه يمكن استنباط غير علة من الحديث الشريف؛ دليل ذلك ما قاسه الفقهاء على الثمرة؛ من الجنين في البطن، واللبن في الضرع، والصوف على ظهر الدابة، والنوى في التمر، والبيض في الطي، وغيرها من الأمثلة[٥] .

هذا وقد أعمل الإمام القرافي القياس عند ذكره مسألة جعل الثمرة غير المؤبرة للمشتري دون البائع في عقد البيع بقوله: (نقيس الثمرة على الجنين إذا خرج لم يتبع وإلا اتبع، أو نقيسها على اللبن قبل الحلاب، واستتار الثمار في الأكمام؛ كاستتار الأجنة في الأرحام، واللبن في الضروع، أو نقيسها على الأغصان، والورق، ونوى التمر)[٦] .

---

[1] . علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية ابن عابدين ١/٥٢. الشاطبي، الموافقات ، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة ٤ /١٥٩. ابن عليش، محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك "فتاوى ابن عليش"، بلا،٢م، (جمعها علي الشحود) ،مصطفى البابي الحلبي، القاهرة،١٩٥٨م، ١/ ٣٢٨ .الماوردي، الحاوي ٥ /١٢٥. ابن تيمية، مجموع الفتاوى ، ٢٩/ ٤٩١.

[2]. انظر السرخسي، المبسوط ١٤/٢٤٦، الحصفكي ، الدر المختار ٥/٥٤، القرافي،الفروق٣/٢٨٣. النووي ، روضة الطالبين٣/٥٣٦. الماوردي، الحاوي ٥/١٧٩، ابن قدامة،المغني /٦٧، الزركشي،المنثور٣/٢٣٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣/٩٦.

[3]. المباركفورى، محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ،ط٢،(تحقيق: عبد الوهاب بن عبد اللطيف)، المكتبة السلفية، ١٣٨٣هــ– ١٩٦٣م، ٤/ ٤٢٥.

[4] . سبق تخريجه حاشية، ص ٢٦.

[5] . ابن نجيم ، البحر الرائق، ٢٣ / ٣٨، السبكي ، تكملة المجموع شرح المهذب للشيرازي،بلا ط ،٢٣م ، دار إحياء التراث، بيروت،٢٠٠١م ١١/ ٣٤٠. البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٤ / ٣٦١.

[6]. القرافي، الفروق ٦ / ٣٨٥ .

وقال أيضا في الفرق بين قاعدة: ما يتبع العقد عرفا، وقاعدة: ما لا يتبعه؛ وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد، غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس[١].

المطلب الرابع: دليل التبعية من العرف:

مع مرور مسيرة الفقه الإسلامي لوحظ أن العرف منارة يهتدي بها المجتهد عند النظر في حكم مسألة تعرض له، لتوقيع حكم تجلى لديه بعد استيفاء الشواهد، والأدلة، والقرائن في المسألة، وكما هو المعلوم إن من أصول الشرع إجراء الأحكام على العوائد .

العرف عند الفقهاء:

برز دليل العرف حاكماً على كثير من التطبيقات الفقهية لتوابع الأموال، عند أجراء المبادلات المالية، وكان الضابط المرن الذي يُرجع إليه عند المنازعة بين أطراف العقد، والقول الفصل فيه يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص[٢]؛ وهذه بعض النماذج الفقهية التي تدل على اعتماد العرف مستندا ودليلا، يصدق هذا على جملة من التوابع:

ولعل أولى النصوص الفقهية التي تبادر ذهن القارئ ما أسعفنا به الإمام القرافي سابقا عند تفريقه بين قاعدة: ما يتبع العقد عرفا، وقاعدة: ما لا يتبعه؛ بحيث اعتبر ما يدخل في المعاملة المالية على سبيل التبع مبنية على العوائد؛ لأن مدركها العرف والعادة[٣].

وقد نصب الإمام القرافي العرف حاكما على ما يتبع العقد عرفا في المبادلات المالية حين قال: (**قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة ما لا يتبعه:** وهو أن الألفاظ التي حكمت العوائد بأنها تتبع بشيء إذا وقع العقد عليها ثمانية؛ لفظ الشركة، ولفظ الأرض، ولفظ البناء، ولفظ الدار، ولفظ المرابحة، ولفظ الشجر، ولفظ الثمار، ولفظ العبد) [٤]

جاء في تبيين الحقائق: (الأصل في جنس هذه المسائل(ما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل) أن الشيء إذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل في المبيع تبعا وإلا فلا إلا إذا جرى العرف بالدخول فيه، كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من الخشب).[٥]

جاء في التلقين:(وإذا تنازعا جدارا بين دارين، حكم به لمن يشهد له العرف، بأن له فيه من التصرف، ما يفعله الملاك في أملاكهم من الرباط، ومعاقد القمط، ووجوه الآجر واللبن، وما أشبه ذلك).[١]

---

[1] . القرافي، الفروق ٣ /٢٨٨ .

[2]. السرخسي المبسوط ١٨ / ١٠٥ .الشربيني، مغني المحتاج ١٠٩/٧. البهوتي،شرح منتهى الإرادات ١٠٦/٥ .ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٤ /٢٥٢ .

[3] . القرافي ، الفروق ٣ /٢٨٨ .

[4] . القرافي، الفروق٣ /٣٨٤ .

[5] . الزيلعي،فخر الدين عثمان، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،بلا،(تحقيق أحمد عناية)، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٠م،٢٩١/٤.

والنص الفقهي السابق يشير إلى مسألة مهمة في الملك؛ وهي وجود توابع للعين المملوكة لا ينتفع بها الإ من ملكها، وهي في المثال السابق كالحبال التي تشد الجدار وقطع الآجر المفرقة، وأنصاف اللبن وغيرها .

وهنا يرجع للعرف في تقدير التوابع، والحكم فيها لمن يملك أصلها. وقد يستدل الحاكم على مالك الأصل من خلال ملكه، أو انتفاعه بتلك التوابع، عند وجود المنازعات[٢].

وتأسيسا على ما سبق؛ يتبين بأن العرف يمكن تحديد معالمه بالحاجة الداعية، والمصلحة المرغوبة لدى العاقدين من إبرامهم العقود؛ كون العرف ينبعث من هذين المحددين.

عبد الوهاب المالكي ،التلقين في الفقه المالكي، ط٢، (تحقيق:محمد بو خبزة الحسني)، دار الكتب العلمية ،٢٠٠٤م، ١٧١/٢. ومَعَاقِدُ القُمُطِ :هي المتخذة من القصب والحصر تكون سترا بين الأسطحة تشدّ بحبال أو خيوط فتجعل من جانب والمستوي من جانب. والمعاقد واحدها معقد بكسر القاف على: أنه موضع العقد وبفتحها على أنه العقد نفسه . والقمط بكسر القاف ما يشد به الأخصاص. والآجر الذي يبنى به لبن مشوي فارسي معرب . انظر الفيومي، المصباح المنير ١٦٦/١. البعلي ، محمد بن أبي مفلح، المطلع على أبواب الفقه،(تحقيق محمد بشير الأدلبي)،المكتب الإسلامي، بيروت،١٩٨١م، ١ /٤٠٤.

[2] . انظر الماوردي، الحاوي ٣٨٨/٦.

المبحث الثاني: المقاصد وعلاقتها بالتبعية.

إن للمقاصد دوراً أساسياً في تحديد وجهة الحكم لدى المجتهد، في مسألة توابع الأموال من خلال ضبط حقيقة المعقود عليه، إن كان هو الأصل المتوجه إليه العقد، أو التابع الذي يلحق الأصل في الحكم، عند إجراء المبادلات المالية. وكما قال الريسوني في فكره المقاصدي:" فمقاصد الشرع قد علمتنا أن ما من شيء خلقه الله تعالى، وما من شيء أمر به أو نهى عنه، وما من شيء ذكره، الإ وله مقصوده أو مقاصده، وإن المطلوب منا إدراك تلك المقاصد والسير فيها وفي تحقيقها، وإعمال ذلك الشيء في مقاصده التي فهمناها عن الله في خلقه وأمره ونهيه وخبره"[1]، ولعل أكثر المذاهب الفقهية إعمالا للمقاصد ومدى تأثيرها على العقود والتصرفات لدى العاقدين هما مذهبا المالكية والحنابلة[2]، وبما أن قوام الدراسة ينبني على دراسة علاقة توابع الأموال بأصولها المالية، فلا غنى عن ذكر المقصد الشرعي في الأموال كلها، وقد عدها العلامة ابن عاشور خمسة مقاصد؛ وهي: رواجها، ووضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها[3]؛ وسأعرض بشكل موجز لها، مستنيرة بهذه المقاصد في تجلية قاعدة توابع الأموال وأصولها المالية .

١. رواج المال: ويقصد به دوران المال بين أيدي كثيرة بوجه حق، قال تعالىقَالَ تَعَالَىٰ: ﴿كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡ ﴾[4] وهو مقصد شرعي عظيم، دل عليه الترغيب في المعاملة بالمال، ومشروعية التوثق في انتقال الأموال من يد إلى أخرى.

ومن معاني الرواج المقصود انتقال المال بأيد عديدة في الأمة، على وجه لا حرج فيه على مكتسبه ، وذلك بالتجارة وبأعواض العملة التي تدفع لهم من أموال أصحاب المال ومن وسائل رواج الثروة تسهيل المعاملات بقدر الإمكان، وترجيح جانب ما فيها من المصلحة، على ما عسى أن يعترضها من خفيف المفسدة. ولذلك لم يشترط في التبايع حضور كلا العوضين، فاغتفر ما في ذلك من احتمال الإفلاس، وغيرها قصدا في جميع ذلك إلى تسهيل المبادلة لتيسير حاجات الأمة، وقد دل على ذلك قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً

[1] . الريسوني، الفكر المقاصدي ، ص١٠٠.

[2] . انظر ، ابن رشد، أبي الوليد القرطبي، بداية المجتهد، خرج أحاديثه : أحمد أبو المجد ، ط١، (م٢)، دار العقيدة ، القاهرة ، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م. ١١٧/٢، ابن قدامة، المغني ٣٣١/٧،البهوتي، كشاف القناع ٥/٢، وانظر عبد الكريم زيدان بحث أثر القصود على التصرفات والعقود، مجموعة بحوث فقهية ، مؤسسة الرسالة، بيروت١٩٨٦م .

[3] . انظر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة ص ٤٦٤-٤٧٨.

[4] . سورة الحشر آية ٧.

حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ﴾[1] ولعل في تحصيل الربح التابع لأصل المال، الدافع الأساس لرواج المال بين الناس .

٢. وضوح الأموال: وذلك إبعادها عن الضرر والتعرض للخصومات بقدر الإمكان، ولذلك شرع الإشهاد والرهن في التداين. ولعل في بيان قاعدة الأصالة والتبعية، تطبيقا لهذا المقصد الشرعي، وذلك عند جلاء توابع أصول الأموال، وما يتعلق بملكيتها عند حصول المبادلات المالية، وعقود الشراكات المالية .

٣. حفظ الأموال: قَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[2] وهو تنويه بشأن حفظ المال وعظم إثم المعتدي عليه ، وإذا كان ذلك حفظ مال الأفراد، فحفظ مال الأمة أجلّ وأعظم، وسبيل حفظ الأموال يتحقق في بيان أصول الأموال، وتوابعها، ليحتاط الناس، ويتمم الرضا عند إجراء مبادلاتهم المالية .

٤. إثبات الأموال: يعني تقرّرها لأصحابها بوجه لا خطر فيه ولا منازعة. فمقصد الشريعة في ثبات التملك والاكتساب ثلاثة مقاصد،هي :

- أن يختص المالك الواحد أو المتعدد بما تملكه بوجه صحيح، بحيث لا يكون في اختصاصه به وأحقيته تردد ولا خطر .
- أن يكون صاحب المال حرّ التصرف فيما تملكه أو اكتسبه تصرفا لا يضر بغيره، ضرا معتبرا، ولا اعتداء فيه على الشريعة .
- أن لا يُنتزع منه بدون رضاه، فإذا تعلق حق الغير بالمالك وامتنع من أدائه، ألزم بأدائه، ومن هنا جاء بيع الحاكم والقضاء بالاستحقاق. ولرعي هذا المقصد كان المتصرف بشبهة في عقار فائزا بغلاته التي استغلها إلى يوم الحكم عليه بتسليم العقار لمن ظهر انه مستحقه .

٥. العدل في الأموال: وذلك بتحصيلها بوجه غير ظالم، وذلك أما إن تحصل بعمل مكتسبها، وإما بعوض مع مالكها أو تبرع، وإما بإرث .

---

[1] . سورة البقرة: آية ٢٨٢
[2] . سورة النساء: آية ٢٩

المطلب الأول: مفهوم القصد الأصلي والقصد التبعي.

ويشمل فرعين:

الفرع الأول: مفهوم القصد الأصلي.

قال الإمام الشاطبي: " **المقاصد الأصلية:** هي التي لا حظ فيها للمكلّف، وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة " [١]

عرف محمد اليوبي **المقاصد الأصلية:** " أنها المقاصد المشروعة ابتداءً لتحقيق أعظم المصالح سواء أكانت هذه المصالح ضرورية، أو من المصالح العامة التي تعود على المصالح الضرورية بالحفظ والتثبيت ودر الفساد عنها وتحفظ كيان المجتمع الإسلامي.[٢]

كما ذكر البدوي **مفهوم المقاصد الأصلية عند ابن تيمية:** هي التي يراد تحقيقها ورعايتها أصالة وابتدءا .[٣]

عرف نزيه حماد **المقصود أصالة في المعاقدة** بأنه: " ما يتوجه إليه القصد من المعاملة غالبا[٤]، وقد استفاده من اصطلاحات الإمام ابن تيمية الواردة في فقهه وقواعده؛"**المقصود الأكبر**"[٥] " **والمقصود الأعظم** "[٦] ، " **ومعظم المقصود** "[٧] .

من خلال تتبع مصطلح القصد الأصلي وما يتعلق به من مترادفات، في النصوص الفقهية[٨] يمكن ضبط حقيقة القصد الأصلي من المعاملة المالية بالقول أن "**القصد الأصلي** " يعبر عن الغاية المراد تحقيقها من المعاملة المالية أساسا .

وقد لقب الإمام الشاطبي القصد الأصلي بالقصد الأول.[٩]

---

1 . الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، ص ٣٢٣. الضروريات الخمس وهي: الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل .

2 . محمد بن احمد اليوبي، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية (أصله رسالة دكتوراه) ، ط١، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ، الرياض ، ١٩٩٨م، ص٣٥٦.

3 .يوسف البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ط١، دار النفائس ١٤٢١، ٢٠٠٠هـ، ص١٣٣

4 . نزيه حماد ،في فقه المعاملات المالية والمصرفية ، ط١، دار القلم، دمشق،١٤٢٨ هـ،٢٠٠٧م، ص٢٨.

5 . مجموع فتاوى ابن تيمية ج٢٩ ص٥٦

6 مجموع الفتاوى ج٢٩ص٣٥،٥٥،٨٠.ابن تيمية،احمد بن عبد الحليم،الفتاوى الكبرى،ط٦،١م،(تحقيق محمد عطا وعبد القادر عطا)،دار الكتب العلمية،١٩٨٧م، ٤/٢٣،٣٥،٤٩. ابن تيمية،احمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهية،(محمد الفقي)، دار المعرفة، بيروت،١٣٩٩هـ، ص ١٢٤،١٣٧،١٥٤.

7 . مجموع الفتاوى ، ج٢٩ ص٣٤، الفتاوى الكبرى ج٤ص ٢٣، القواعد النورانية الفقهية، ص١٢٤،١٣٧، ١٥٤.

8 . ابن الهمام ،محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير،(عبد الرزاق المهدي)، دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٩٥م، ١٥ /ص ٢٩٤. الشربيني، مغني المحتاج،١/٩٥

9 . انظر الموافقات ص٣٥، ٣٢٣،٣٢٤،٥٩٠،٥٩١.

الفرع الثاني: مفهوم القصد التبعي.

قال الإمام الشاطبي: " **المقاصد التابعة:** هي التي روعي فيها حظ المكلف، فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات، وسد الخلات ".[١] وقد جعل الإمام متعلق المقاصد التابعة هو القصد الثاني، وكل ما يتعلق بالتوابع هو مقصود بالقصد الثاني لا الأول .

قال الإمام الشربيني: " **المقصود تبعا:** هو ما لا يتوجه إليه القصد غالبا، وإن كان مقصودا في نفسه "[٢]

وقد عرف محمد اليوبي المقاصد التابعة حين قال: لا تخلو المقاصد الأصلية من مقاصد أخرى تكون باعثة على تحقيقها أو مقترنة بها أو لاحقة لها سواء كان ذلك من جهة الأمر الشرعي، أم من جهة المكلف وقصده في مجاري العادات.[٣]

المقاصد التبعية: وهي التي تكون تابعة للمقاصد الأصلية ووسيلة ومؤدية لها، وقد تكون مقارنة لها، أو لاحقة بها .[٤]

وقد عرف الدكتور نزيه حماد: " **التابع أو المقصود تبعا** :ما كان تاليا للمقصود أصالة، أو لاحقا به في الاستهداف وتوجه الإرادة فيها ".[٥]

خلاصة التعريفات السابقة تشير إلى أن المراد **من القصد التبعي:** ما توجه إليه قصد المتعاقدين باعتباره وسيلة وخادما للقصد الأصلي يتمم المنفعة والمصلحة المراد تحقيقها من العقد، أو المعاملة .

ولعل بناء المعاملة المالية على أساس مراعاة ثنائية القصد الأصلي، والقصد التبعي، يعد حصانة منهجية شرعية لضمان حسن سير الحركة الاقتصادية وفق المنهج المقاصدي المرعي شرعا .

المطلب الثاني: المعيار المحِدد: للقصد الأصلي والقصد التبعي:

يشمل فرعين:

الفرع الأول: معيار القصد الأصلي.

يمكن ضبط معيار للقصد الأصلي بالقول إن كل ما يقصد بالمعاملة المالية، أو بالعقد المالي **على وجه الضرورة وما كمّل الضرورة أو تممها**، وذلك من خلال فهم وضع الشارع له **على**

---

1 . الشاطبي، الموافقات ص ٣٢٤ . وقد لقبه الإمام الشاطبي القصد الثاني.
2 . الشربيني، مغني المحتاج ٢٨/٢ .
3 . اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية ، ص٣٥٨.
4 . يوسف البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ص١٣٣
5 . نزيه حماد، فقه المعاملات المصرفية ، ص ٢٨.

صيغة أمر أو نهي أو تأكيد طلب؛ وهو ما يعرف من خلال دراسة العقود المالية المبحوثة عبر التراث الفقهي؛ من بيع وإجارة وسلم واستصناع وشركة ، وأما ما يستجد من معاملات مالية أو عقود مستجدة وجدت تلبية لنداء الفقه الواقعي والحاجات الاقتصادية؛ من أسهم وسندات ومحافظ استثمارية وبطاقات ائتمان ..، **يحدد القصد الأصلي من إنشائها وتبادلها بين المتعاقدين بقول أهل الخبرة والاختصاص** في شؤون العقود والمعاملات المالية، **أيضا من خلال العرف** المطبق تداوله لتحقيق الغاية من التعامل فيه بين **المتعاقدين وهو ما يسمى بالعرف التجاري** الذي يحكم بأهل القانون، فيما كان موافقا للشريعة الإسلامية [1].

ودليل اعتبار المقصد الأصلي والتبعي في المعاملة المالية ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **((من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع))**[2]

قال الخرقي: (إذا كان قصده للعبد لا للمال هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي، و أبي ثور، والبتي؛ **ومعناه أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد إنما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره في يده**، فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوما، أو مجهولا من جنس الثمن، أو من غيره عينا كان، أو دينا وسواء كان مثل الثمن، أو أقل، أو أكثر)[3].

وقال عثمان البتي[4] : إذا باع عبدا وله مال ألف درهم بألف درهم، جاز إذا كانت الرغبة في العبد لا في الدراهم[5] وعلق الإمام ابن قدامة على نص عثمان البتي قائلا: وذلك أنه دخل في البيع تبعا غير مقصود ؛ فأشبه أساسات الحيطان، والتمويه بالذهب في السقوف؛ فأما إن كان المال مقصود بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به، وأن يكون بينه وبين الثمن ربا ، كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين؛ لأنه مبيع مقصود فأشبه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما [6]. وهذا يدل على اعتبار القصد المرغوب فيه من المعاملة المالية،

---

[1]. انظر الشاطبي، الموافقات ص٢٢٢،٢٢١، ٥٧٨ .والعرف التجاري يحكم بواسطة القانون التجاري هو : مجموعة القواعد القانونية التي تخضع لها جميع المعاملات التجارية ، ويخضع لها التجار.
والقانون التجاري ينظم الآن التصرفات التجارية والأعمال التي تكسب الصفة التجارية ، والمهن التجارية ، وما يتعلق بالتجار ، ودفاتر التجارة ، والسجل التجاري ، والمؤسسات التجارية ، وعناصرها من الاسم التجاري ، والشعار ، وبراءة الاختراع ، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية والفنية ونحوها ، وكذلك وما يتعلق ببيع المؤسسة التجارية ، ورهنها ، وأحكام الشركات التجارية بجميع أنواعها ، وما تصدرها ، وما يترتب عليها من الأحكام.انظر د. القرة داغي ، المقدمة في المال والاقتصاد(الموقع الرسمي القره داغي).السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، بلا،١٢م، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٦٠م، ١٩/٨.

[2] . سبق تخريجه ص ٢٥

[3] . ابن قدامة ، المغني ٢٧٢/٤.

[4] . هو أبو عمرو البصري" بياع البتوت"، اسم أبيه مسلم ويقال أسلم ويقال سليمان، وأصله من الكوفة. روى عن أنس بن مالك وعبد الحميد بن سلمه والشعبي والحسن البصري. وعنه شعبة والثوري هشيم ويزيد بن زريع وابن علية وآخرون. وثقة أحمد والدار قطني وهو قليل الحديث لكنه من كبار الفقهاء. قال ابن سعد: ثقة له أحاديث وكان صاحب رأي وفقه. انظر الذهبي ، تاريخ الإسلام ٨/ ٤٨.

[5] . ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار، بلا،٨م،(تحقيق سالم عطا و محمد معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٠م ٦ / ٢٧٨.

[6] . ابن قدامة ، المغني ٢٧٢/٤.

وهو ما يتعلق غالبا بالأصل. وعليه تبنى الأحكام الشرعية من صحة وبطلان، وإذا ما قصد التابع أصالة تراعى فيه الأحكام الشرعية كالأصل تماما .

وإذا ما خرجنا إلى الدائرة الأوسع عرفنا أن المقصد الأصلي من المال يتمثل في تأمين بقاء حياة الإنسان، في حده الأدنى، أما الوسيلة لتحقيق هذا المقصد فتنحصر في توظيف القضية المالية، والحركة الاقتصادية، لتلبية الحاجات الضرورية لحياة الإنسان على سبيل الوجوب الشرعي[١].

فعلاقة الإنسان بالمال من حيث كسبه، وإنفاقه، وإدارته يجب أن يكون محكوما بمقاصد الملكية المزدوجة (وهي أن المال ملكيته أصالة لله تعالى ثم منح الإنسان ملكية الولاية الاستخلافية) وانه ليس مطلق اليد فيما ينسب إليه، وإنما انتفاعه مشروط بانتفاء الضرر، " فهو مال الله أساسا ، ومال الأمة استخلافا، ومال زيد أو عمرو انتفاعا مؤقتا مشروطا، بالا يضر امتلاك الفرد بمنافع الأمة[٢].

الفرع الثاني: معيار القصد التبعي.

يمكن ضبط معيارٍ للقصد التبعي وتطبيقه على عقود المعاملات المالية بالقول: **إن كل ما كان مثبتا للمقصد الأصلي، ومقويا لحكمته، ومستدعيا لطلبه وإدامته،** فهو المقصود للشارع وإن لم ينص عليه؛ **وذلك يعني أن كل ما توجه إليه قصد الشارع على سبيل الحاجة أو التحسين من خلال صيغة الأمر أو النهي أو الطلب المتعلقة بالتفاصيل أو الأوصاف أو الجزئيات** لعقود المعاملات المالية وهو ما يصنف بعلم المقاصد **التكملة والتتمة للمعقود أصالةً**، وما كان هذا شأنه فطلبه إنما هو من تلك الجهة لا مطلقا، وهذا معنى كونه تابعًا، وما قيل بمعيار القصد الأصلي **من تحكيم أهل الخبرة والاختصاص وجعل العرف مرجعا وحاكما على ما قصد تبعا، في عقود المعاملات المالية يطبق هنا أيضا**[٣] .

---

[1] . محماد رفيع ، البناء المقاصدي للبحث العلمي في الاقتصاد الإسلامي، بحث المشاركة في المؤتمر الدولي السابع للاقتصاد الإسلامي، ص ٢٦٢.

[2] . انظر المرجع السابق ص٢٦٤، ونقله عن عبد السلام ياسين، في الاقتصاد البواعث الإيمانية والضوابط الشرعية .

[3] . انظر الشاطبي، الموافقات ص ٥٨٩. وقد ربط د. مصطفى الزرقا مقصد الشارع مع مقصد المكلف في صورة العقد. قال : إن مبنى النظر الفقهي في ترتيب أثار العقود من عمل الشارع هو أن العقد سبب شرعي ، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرها بينهم ، فإلى الشارع يعود تحديد هذه النتائج ؛ وإنما تستمد إرادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحدها لها . فإن للشرع نظاما يحميه ، فهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وإرادات أصحابها من جهة ، وبين المصالح العامة وإرادة الشارع من جهة أخرى ، كما أن الشارع أيضا هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناء على مباشرتهم لأسبابها ، حفظا للتوازن ،ومنعا للتغابن ، وضبطا لنظام التعامل.الزرقا ، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٤٨.

كل عقد ينشئ نوعين من الآثار :

– الحكم الأصلي لذلك العقد : فهو الأثر النوعي للعقد ، أو هو الغاية الحقوقية الأساسية التي شرع ذلك العقد ليكون طريقا مشروعا للوصول إليها .كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع .

– الالتزامات المتنوعة التي ينشئها العقد : فهو كل تكليف بفعل ،أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر. كتسليم المبيع ، وضمان العيب ،وأداء الثمن ، عدم استعمال الوديعة ، يسمي الفقهاء هذه الالتزامات بالأحكام التابعة أو التبعية. الزرقا، المدخل الفقهي العام ١ /٥١٦-٥١٧

ويمكن القول إن ثنائية القصدين الأصلي والتبعي، تنبع من إرادة العاقدين من عقودهم، فهي محترمة مصانة، بصيانة الشارع لها، فرضا المتعاقدين يتحقق من مراعاة ما يقصد بالأعمية الأغلبية، وهو القصد الأصلي، ويتمم الرضا بمراعاة ما كان وسيلة وخادماً للقصد الأول، في ظل حماية الشرع للمتعاقدين بموافقة قصودهم، قصد المنهج الإسلامي القويم العادل[١].

وبالمثال يزول الإشكال:

لعل خير مثال أورده على قيمة المقاصد الأصلية والتبعية، ودورها في إدارة الحكم الشرعي على نحو يحقق مقاصد المكلفين ومصالحهم، خاصة في التصرفات المالية، ما يدعى في الفقه الإسلامي بيع المقاثي أو البقول وأشباهها .

قال ابن قدامة:" وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز، إلا بيع الموجود منها دون المعدوم، وبهذا قال أبو حنيفة[٢] و الشافعي[٣]، وقال مالك: يجوز بيع الجميع ؛ لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعا لما ظهر".[٤] ورأي الإمام مالك[٥] والإمام ابن تيمية [٦]هو الراجح، وما ظنه المانعين من وصف الغرر في هذه البيوع، مدفوع بالقول إنه يسير والحاجة داعية له، وهو ما تقوم مصلحة الناس به ، ويمكن لأهل الخبرة معرفته. بيانه في لغة التبعية من زاوية المقاصد؛ أن الظاهر المشاهد من هذه البقول والمزروعات يعد هو المقصود أصالة وبه يتعلق الحكم الشرعي بجواز العقد والتملك، وما كان باطنا غير موجود من البقول، يعد مقصود تبعا، ولا أثر له في الحكم، لذلك ألغي وصف الغرر من جهته .

ومن المناسب ذكر صلة التكملة(أو المكملات) بالقصد التبعي،عقب ضبط معيار القصد الأصلي والقصد التبعي في عقود المعاملات المالية:

أن المقاصد لا تقتصر على الضروري، وإنما تشتمل المرتبتين الحاجي والتحسيني كذلك وحدة واحدة، يمثل فيها الضروري الحد الأدنى للمقصد الذي لا تقف الشريعة عند تطلب تحقيقه، وإنما تتطلع إلى كماله في حدود الإمكان بطبيعة الحال، وان مراتب الضروري والحاجي والتحسيني لا تتعلق إذن بالمقصد، وإنما بالوسائل المؤدية إلى تحقيقه، وعلى قدر تحقق الوسائل تتحدد المرتبة المناسبة من ضروري، أو حاجي، أو تحسيني[٧]، ولكن شرع الله تعالى مع كل نوع أحكاما تعتبر مكملة لها في تحقيق مقاصدها، وهو ما يعرف عند الاصولين بالمكملات أو

---

[1] . انظر الجويني،عبد الملك بن عبد الله،غياث الأمم في التياث الظلم، ط٢،(تحقيق عبد العظيم ديب)، مكتبة إمام الحرمين،١٩٨١م ١٩٧/١.

[2] . انظر ابن عابدين، رد المحتار ٦٢/٥

[3] . انظر الماوردي، الحاوي الكبير ٣٦٣/٧.

[4] . ابن قدامة ، المغني ٤ / ٢٢٤

[5] . انظر ابن عبد البر، التمهيد ٢،١٩٨، النفراوي ، الفواكه الدواني ١١٢٨/٣.

[6] . ، ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ٣٤٦/٣٠.

[7]. جمال عطية، نحو تفعيل المقاصد ، دار الفكر المعاصر، دمشق،٢٠٠٠م، ص٥١.

التتمات أو التوابع[1]. وقد وضع الدكتور عبد الرحمن الكيلاني ضابطا للمكمل حين قال:" ما يتم به المقصود أو الحكمة من الضروري، أو الحاجي أو التحسيني، على أحسن الوجوه وأكملها سواء أكان ذلك بسد ذريعة تؤدي إلى الإخلال بالحكمة بوجه ما،أم بتكميله بحكم يظهر به المقصد ويتقوى"[2]

" كل تكملة فلها– من حيث هي تكملة – **شرط ؛ وهو: أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال،** وذلك أن كل تكملة يفضي اعتبارها إلى رفض أصلها، فلا يصح اشتراطها عند ذلك، **لوجهين:**

أحدهما: أن في إبطال الأصل إبطال التكملة؛ لأن التكملة مع ما كملته كالصفة مع الموصوف، فإذا كان اعتبار الصفة يؤدي إلى ارتفاع الموصوف، لزم من ذلك ارتفاع الصفة

أيضا، فاعتبار هذه التكملة على هذا الوجه مؤد إلى عدم اعتبارها، وهذا محال لا يتصور، وإذا لم يتصور، لم تعتبر التكملة، واعتبر الأصل من غير مزيد.

والثاني: أنا لو قدرنا تقديرا أن المصلحة التكميلية تحصل مع فوات المصلحة الأصلية، لكان حصول الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت"

مثال ذلك: أصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة مكمل، فلو اشترط نفي الغرر جملة لنحسم باب البيع .[3] هنا تعاظم قصد المكمل حتى طغى على أصله ، وهو ممنوع ، فلا بد من إباحة بعض الغرر اليسير الذي لا يؤثر لئلا يعود المكمل على أصله بالإبطال [4].

وقد جعل الإمام الشاطبي المقاصد التابعة للمقاصد الأصلية على ثلاثة أقسام :

الأول: ما يقتضي تأكيد المقاصد الأصلية، وربطها، والوثوق بها، وحصول الرغبة فيها؛ فلا إشكال أنه مقصود للشارع؛ فالقصد إلى التسبب إليه بالسبب المشروع موافق لقصد الشارع فيصح.

والثاني: ما يقتضي زوالها عينًا؛[فلا إشكال أيضا في أن القصد إليها مخالف لمقصد الشارع عينًا]؛ فلا يصح التسبب بإطلاق.

والثالث: ما لا يقتضي تأكيدًا ولا ربطًا، ولكنه لا يقتضي رفع المقاصد الأصلية عينًا؛ فيصح في العادات دون العبادات، أما عدم صحته في العبادات؛ فظاهر، وأما صحته في العادات؛ فلجواز حصول الربط والوثوق بعد التسبب.[1] وهو محل نظر واجتهاد، وقد نظر اليوبي

---

[1] . الكيلاني،عبد الرحمن ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي،المعهد العالمي للفكر الإسلامي،عمان،٢٠٠٠م.

[2] . المرجع السابق ص١٨٦.

[3] . الشاطبي ، الموافقات ص٢٢٤.

[4] . رياض الخليفي ، المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية ، مجلة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد الإسلامي ، م١٧، ع١،(١٤٣٥هـ، ٢٠٠٤م) ص١٥.

في مقاصده إلى " التابع " في القسم الثالث من عدة جوانب :

الجانب الأول: جانب الموافقة والمخالفة لمقاصد الشريعة .

الجانب الثاني: جانب الأمر والنهي فيه .

لأنه متى ثبت النهي عنه فقد ثبتت مناقضته لمقاصد الشرع ، وكذا إذا ثبت الأمر بالتابع فإنه لا يكون منافيا لمقصود الشارع بل موافقا له لضرورة كون قصد الشارع متعلقا بالأمر، فمقصوده إيقاعه .

الجانب الثالث: جانب الوسائل: إذ قد يظهر لنا في بادئ الرأي أن ذلك ليس بمخالف لمقصد الشارع المعين، وعند الفحص والتأمل يظهر كونه وسيلة إلى ضياع مقصود الشارع .

الجانب الرابع : جانب المعارضة: وهو أيضا مهم؛ لأن النظر إلي مقصود واحد وإهمال بقية المقاصد، غير صحيح؛ لأنه ربما يوافق مقصداً معينا من مقاصد الشريعة، أو على الأقل لم يضاده ، لكنه في نفس الأمر يعارض مقصدا آخر أهم وأعظم ، أو تكون المفاسد المترتبة، على الأمر أعظم بكثير من المصالح المتوقع حصولها أو الحاصلة.[٢]

ولا يخلو في المقاصد التابعة أن تكون تبعيتها للمقاصد الأصلية على أحد الأوجه الآتية[٣] :

١. أن تكون تبعيتها الشرعية من جنس الشرط والسبب بالنسبة لحصول المطلوب، أي بمنزلة " ما لا يتم المطلوب الإ به فهو مطلوب " فتكون بهذا مقصودة تبعا ومطلوبة طلب الوسائل .

٢. أن تكون تبعيتها الشرعية باعتبارها جزءا من المطلوب، ذلك أن الأمر بالماهية المركبة أمر بكل جزء من أجزاءها .

٣. أن تكون تبعيتها الشرعية باعتبارها أثر لوجود المطلوب ، بحيث يكون المقصد التبعي بمنزلة الثمرة الناتجة شرعا عن تحقق المقصود الأصلي، ومثاله : مقصد العدل في البيوع والمعاملات المالية تترتب عليه مقاصد تابعة أخرى ؛مثل تحصيل الجماعة والتعاون والائتلاف ونبذ الفرقة والشقاق والاختلاف .

٤. أن تكون تبعيتها من جهة قصد المكلف، فإن المكلفين عند تحصيلهم الأمر الشرعي إنما يقصدون مقاصد، وقد تكون مقاصدهم هذه موافقة لمقصود الشارع ، وقد لا تكون كذلك؛ ومثاله: الإحسان في القرض؛ فقد يقصد به المكلف حفظ نفس المقترض أو دينه ، كما قد يقصد به مكلف أخر تحصيل نفع مقابله من جنس "هبة الثواب"، في حين يقصد ثالث

---

[1] . الشاطبي ، الموافقات ص٤٦٤

[2]. اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص٣٦٢، ٣٦٣.

[3] انظر اليوبي، مقاصد الشريعة ٣٥٨_٣٥٩، رياض الخليفي، المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات ص ١٦_١٧ .

تحصيل نفع مشروط من جنس ربا القروض، فهذه مقاصد للمكلفين في هذا الأمر الشرعي، فقد تباينت في مدى موافقتها مقصود الشارع أو مخالفتها إياه وهي جميعا_ بهذا الاعتبار_ مقاصد تابعة من جهة قصد المكلف .

المطلب الثالث: اثر فهم المقاصد على أحكام توابع الأموال .

ينبغي أن يكون مقصد العاقد من المعاملة المالية، موافقاً لمقصد الشارع من شرع هذه المعاملات المالية؛ لأن القصد يجعل الشيء حلالاً أو حرامًا، صحيحًا أو فاسدًا[١]. ويمكن تحديد المقصود الأصلي والتبعي لهذه العقود والمعاملات المالية من الموروث الفقهي الإسلامي الزاخر بدراسة كل معاملة أو عقد مالي بتفاصيله وفروعه الفقهية، وما هو القصد الأصلي منه والقصد التبعي أيضا، وان ما يستجد من معاملات وعقود مالية يمكن تحديد القصد الأصلي والتبعي منها، بسؤال أهل الخبرة والاختصاص وأيضا بدلالة العرف السائد " اقتصادياً أو قانونياً " ضمن الإطار الشرعي .

يقول ابن تيمية: " وبالجملة فقد نصب الشارع الأحكام أسبابا تقصد لحصول تلك الأحكام، فمن دل عليها وأمر بها من لم يفطن لها ممن يقصد الحلال، ليقصد بها المقصود الذي جعلت من اجله فهذا معلم خير".[٢] وقد علق على "نص ابن تيمية" الدكتور يوسف البدوي قائلا :"إن الإمام يسترشد بالمقصد الأصلي إلى معرفة القصد التبعي الخادم، بل إن الإرشاد إليه من تعليم الخير للناس"[٣].

ولا بد من التنبه لقضية ما اغتفر من الحرام على سبيل الضمن والتبع في المعاملات المالية، وهو أن لا يكون القصد الأصيل للعاقدين في المعاملات المالية وان لا يتم التوسع فيه والاحتيال في سبيل التوصل إليه، وهذه نكتة فهم المقاصد في مسألة توابع الأموال، وهو ما لفت النظر إليه الإمام ابن تيمية:" أن مقصود النيات معتبرة في العقود، كاعتبارها في العبادات، فإن الأعمال بالنيات، فكل من قصد بالعقد غير المقصود الذي شرع له ذلك العقد بل قصد به سببا آخر أراد أن يتوسل بالعقد إليه، فهو مخادع، بمنزلة المرائي الذي يقصد بالعبادات عصمة دمه وماله لا حقيقة العبادة ".[٤]

---

[1] . انظر عبد الكريم زيدان ، سلسلة مجموعة بحوث فقهية رقم ٥ ص٢٨

[2] . ابن تيمية ، احمد بن عبد الحليم ، بيان الدليل على بطلان التحليل ، ط٢، تحقيق، فيحان المطيري، مكتبة لينة ، دمنهور، ١٩٩٦م، ص ١٧٩.

[3] . انظر يوسف احمد بدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ص٢٢٧.

[4] . ابن تيمية ،الفتاوى الكبرى ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، ٦ / ٢٦٢

وقد ذكر الإمام ابن تيمية أن من أقسام الحيل أن يقصد حل ما حرم الشارع ، وقد أباحه على سبيل الضمن والتبع إذا وجد بعض الأسباب، أو سقوط ما أوجبه وقد سقط على سبيل الضمن إذا وجد بعض الأسباب. **وهذا حرام من وجهين:**

الأول: انه ناقض قصد الشارع .

الثاني: أن ذلك السبب الذي يقصد به الاستحلال، لم يقصد به مقصودا بجامع حقيقته، بل قصد به مقصودا ينافي حقيقته ومقصوده الأصلي ، أو لم يقصد به مقصوده الأصلي، بل قصد به غيره فلا يحل بحال[١].

وبالتنبه لمسألة البواعث والقصود المؤدية إلى الحيل فيما يقصد أصالة وتبعا من المعاملة المالية؛ خاصة ما يغتفر من الحرام في التابع غير المقصود من المعاملة المالية؛ يعتمد في تحديد الحكم الشرعي في إجازتها أو منعها؛ على أن كثرة الوقوع، التي هي مظنة القصد أو الباعث غير المشروع ، ترتد إلى أن يكون المعيار في إثباته، **موضوعيا**، لكنه لا يعدو أن يكون " **قرينة** " جريا على اعتبار الشارع لها فيما ضرب الإمام الشاطبي من تطبيقات، **اكتفى فيها بمظنة القصد لا بمئنةِ أو بحقيقة القصد**، وهذا أدنى إلى أخذ الحيطة في مراعاة مقاصد الشريعة، وتحقيق مصالح العباد [٢].

ويمكن القول إن الضابط المرن في مراعاة مقاصد المتعاقدين من عقودهم هو " قرائن الحال، والعرف الجاري "، لمعرفة دخول توابع الأموال في العقد المالي من عدم دخولها، ويصلح التمثيل على ذلك بمسألة توابع المبيع، إذ تعد تطبيقا ماليا يطّرد على أمثاله من العقود المالية :

وهو ما نظّر له الشيخ الزرقا بقوله إن: الإرادة الظاهرة هي التعبير عن الإرادة الحقيقة بكلام أو بفعل صادر عن المتعاقد المختار، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقة الباطنة، ما دامت تلك الإرادة الحقيقة مستورة لا يوجد دليل ينفيها، فتبقى الإرادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان، حيث يعد من الإرادة الظاهرة في حدود العقد وقيوده ما دلت عليه قرائن الحال، أو عرف الناس وعاداتهم؛ لأن للقرائن والأعراف دلالات إضافية ملحوظة يعتمد عليها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير والتصريح، **فعقد البيع الذي لم يبين فيه توابع المبيع يدخل فيه ما دلت الحال على دخوله؛ مثال ذلك: بيع البقرة الحلوب مثلا يدخل، بلا ذكر في العقد، فلِوها المحضر معها إلى محل البيع .**[٣]

---

[1] . يوسف البدوي ، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ص٢٢٧.

[2] . انظر محمد فتحي الدريني، بحوث فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ط١، مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م،١/ ٤٣٧-٤٤١.

[3] . انظر الزرقا ، المدخل الفقهي العام ج١ ص٤٣٦_٤٣٧.

ويمكن لي مناقشة مسألة توابع الأموال من ناحية مقاصدية؛ أن المتعاقدين يقصدون من إجراء معاملاتهم المالية وإبرام صفقاتهم المتجددة، تحصيل المصلحة، وسد الحاجة التي تتحدد بتنوع الطبقات الاجتماعية، لذلك يلجئون إلى العقد على أصول الأموال (سواء منقولة أو عقارا) لتحصيل كامل الانتفاع بها، ولا يتم لهم المراد الإ بامتلاك توابع الأموال التي تلحق بالأصول؛ (مثل ثمرة الشجر، و الإنارة والتهوية وخزانات الماء، والأبواب ... وكل ما يلحق بالعقار، والأجرة، والربح، وجميع العوائد التي تنشأ من أصل المال....) وبهذا يكون أصل المال ضابطاً كلياً لجملة التوابع التي تُرد إليه، وتُملك بملكه وتأخذ حكم أصلها، وإن كان بعضها مما يملك على سبيل الاستقلال عن أصلها، فتنفصل علاقة التبعية التي تربطهما ويصبح "التابع" أصلاً مقصوداً يراد لذاته.

والتمثيل لعلاقة توابع الأموال بأصولها مقاصديا، قريب من علاقة الوسائل بأصولها، فإن ما يقع تبعا لغيره هو في حكم الوسيلة له؛ لأنه لا يتحقق المقصود إلا ويتحقق تابعه وما في ضمنه، فإذا كان المقصود الأصلي مباحا كانت وسيلته وما يحصل تبعا له مباحا أيضا، كما هو المقرر في القاعدة الشرعية بأن ((الوسائل لها حكم المقاصد))[1]. وذلك باعتبار الوسيلة خادمة لأصلها في تحصيل أوجه الانتفاع بالأصل، فتتبع أصلها من هذا الوجه.

وفائدة الكلام السابق تكمن في توجه الحكم الشرعي بأقسامه، إلى المقصود الأصلي، وأما التوابع فتلحق بالحكم الأصلي باعتبارها المقصود الثاني من شرع الحكم ، وقد تقرر أن الشارع إن كان قاصدا لوقوع الرخصة؛ فذلك بالقصد الثاني، والمقصود بالقصد الأول وقوع العزيمة [2].

أما إذا صار التابع غالبًا في القصد، وتوجه الطلب إليه عرفا، يصبح ما كان أصلا كالمعدوم، وينقلب الحكم عرفًا، ليصبح التابع هو المقصود بالحكم .

وفي حالة توجه القصد إلى– التابع والمتبوع– عرفا، وبالأصالة، والقصد الأول، مثال ذلك: الأواني المحرمة(الأوعية المصنوعة من الذهب والفضة) إذا فرضنا العين والصياغة مقصودتين معًا عرفًا أو يسبق كل واحد منهما على الانفراد عرفًا؛ لا يمكن القضاء فيه باجتماع الأمر والنهي؛ لأن متعلقيهما متلازمان؛ فلا بد من انفراد أحدهما واطراح الآخر حكمًا، أما على اعتبار التبعية (وذلك بجعل احدهما تابعا للآخر، والرجوع إلى أصل وضعه) فيسقط الطلب المتوجه

---

[1] . عبد الرحمن العبد اللطيف،القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ط١ ،عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ، ١٤٢٣هـ،٢٠٠٣م، ج ٢ ص ٥٩٨.

[2] . انظر الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه ، تحقيق: مشهور حسن سلمان دار ابن عفان ج ١ ص ٥٣٩.

إلى التابع، وأما على عدم اعتبارها؛ فيصير التابع عفوًا، ويبقى التعيين؛ فهو محل اجتهاد، وموضع إشكال، وهي صنعة المجتهد [1] .

وما يمكن تأكيده هنا الحقيقة القاضية وهي أن المتعاقدين يعاوضون على أصل المال وتابعه؛ سواء أكان هذا التابع من أوصاف الأصل، أو من ضروراته، أو من مصالحه، أو متولداً عنه كالنتاج، والنماء، والربح وما يلحق به؛ لأن قيمة الأصل تزداد به وتنقص؛ باعتبار وجوده وعدمه، لكن يُرجع في تحديد الحكم الشرعي لقاعدة الأصالة والتبعية؛ ومفادها في هذا المقام؛ مراعاة الثنائية القصدية؛ ما يقصد أصالة وأساسا من العقد _القصد الأصلي _ وما يقصد تابعا _القصد التبعي _ فيتوجه الحكم الشرعي في المعاوضة والثمن نحو ما يقصد أصالة، ويتسامح في ما تبعه من مقصود.

فالملحظ المستفاد مما سبق هو العوض المالي يرد على المتبوع والتابع، بحسب وصفهما وماهيتهما في المعاوضة المالية، وهو ما يؤيده الواقع المعاش في عصرنا الحاضر، والأهم من ذلك مسألة الأصالة والتبعية في الحرام المالي، وحقيقة اغتفاره للتبعية، وهو ما سيبسط القول فيه، في مبحث اغتفار الحرام لاحقا _ بإذن الله _ .[2]

---

[1] . انظر الموافقات، تحقيق مشهور سلمان،" بتصرف" ٣ / ٤٦٢- ٤٦٤ .

[2] . وهناك أحكام وفوائد أوردها الأمام العلامة الشاطبي من خلال استقراء فروع الشريعة ،وبيانات الفقهاء المسطرة في كتبهم، لها أشد الصلة بمسألة توابع الأموال، تشكل تطبيقا عمليا لما تقدم من كلام في مبحث المقاصد :

- ✓ **الحكم الأول:** أن **كل شيء بينه وبين الآخر تبعية جارٍ في الحكم مجرى التابع والمتبوع؛ أي أن الحكم متوجه للمتبوع ولا عبرة للتابع،** ما لم يعارضه أصل آخر؛ كسد الذرائع، وتقديم درء المفاسد، وقاعدة التعاون.مثال الحكم السابق : **مسألة اكتراء الدار تكون فيها الشجرة، أو مساقاة الشجر يكون بينها البياض اليسير، ومسألة الصرف والبيع إذا كان أحدهما يسيرًا،** وما أشبه ذلك من المسائل **التي تتلازم في الحس أو في القصد أو في المعنى، ويكون بينها قلَّة وكثرة؛ فإن للقليل مع الكثير حكم التبيعة،** ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة، وإن لم يكن بينهما تلازم في الوجود، **ولكن العادة جارية بأن القليل إذا انضم إلى الكثير في حكم الملغى قصدًا؛ فكان كالملغى حكمًا .**
- ✓ **الحكم الثاني: أن كل تابع قصد؛ تكون زيادة الثمن لأجله مقصودة على الجملة لا على التفصيل،** وإلا؛ لكان مستقلًا فامتنع، وهو لم يمتنع؛ فليس مستقلًا، فليس تفصيليًّا، **وترتبت فائدة أخرى على هذه التبعية، وهي وجود جهتين له: جهة زيادة الثمن لأجله . وجهة عدم القصد إلى التفصيل فيه .** تقضي كل منهما بحكم كان سببًا في اختلاف الفقهاء في التفريع في هذا المقام **مثال ذلك:** إذا فات ذلك التابع؛ فهل يرجع بقيمته أم لا؟ يختلف في ذلك، ولأجله اختلفوا في مسائل داخلة تحت هذا الضابط، **كالعبد إذا رُد بعيب وقد كان أتلف ماله؛ فهل يرجع على البائع بالثمن كله، أو لا وكذلك ثمرة الشجرة، وصوف الغنم، وأشباه ذلك .**
- ✓ **الحكم الثالث: قاعدة: الخراج بالضمان؛ فالخراج تابع للأصل،** فإذا كان الملك حاصلًا فيه شرعًا؛ فمنافعه تابعة، سواء طرأ بعد ذلك استحقاق،أم لا، فإن طرأ الاستحقاق بعد ذلك؛ كان كانتقال الملك على الاستئناف .
- ✓ **الحكم الرابع: في تضمين الصناع ما كان تابعًا للشيء المستصنع فيه، هل يضمنه الصناع؛** كجفن السيف، ومنديل [الثوب]، وطبق الخبز، ونسخة الكتاب المستنسخ، ووعاء القمح، ونحو ذلك بناء على أنه تابع؛ كما يضمن نفس المستصنع أم لا؟ فلا يضمن؛ لأنه وديعة عند الصانع.
- ✓ **الحكم الخامس: في الصرف وهو المحلى بأحد النقدين يجوز بيعه بأحد النقدين إن أبيحت التحلية؛** كسيف ومصحف، وكان في نزع الحلية فساد، أو غرم، وعجل المعقود عليه، لا بد من هذه الشروط سواء كانت الحلية تابعة ،أم لا، بيع بصنفه،أو غير صنفه، ويزاد في البيع بصنفه رابع، وهو أن تكون الحلية الثلث فأقل؛ فيكون تابعًا. انظر الموافقات " بتصرف" ص٥٧٥، ٥٧٦ .

الفصل الثاني: أنواع التبعية وصور اغتفار الحرام في الأموال.

تمهيد:

يتناول هذا الفصل تقسيما لأنواع التبعية؛ من خلال ملاحظة المعنى المؤثر الذي يجمع التابع مع أصله، أو أصالته[1]؛ وذلك باعتبار التابع ناشئ من أصل المال، أو لاحق له في الملكية؛ عند العقد على الأصل وتابعه، إذ أصل المال يعرف من تعلق مقتضى العقد به، وقصده أساسا من قبل المتعاقدين؛ لأن الأصل مولدٌ ومنشئٌ _ حقيقة أو حكما _ لتابعه، باقترانه بعنصر العمل، كما أن الأصل يستتبع تابعه باعتباره لاحقا له _ لأن التابع في هذا القسم خارج عن ماهية التابع وحقيقته _ في الحكم عند انتقال الملكية بطرق الانتقال المشروعة، وما يهمنا منها العقد .

أما الأصالة فهي تعبر عن العملية الاستثمارية، التي تقصد من المعاملة المالية؛ كالأصالة الإنتاجية؛ التي تظهر في عقود المزارعة، والمساقاة، والمضاربة، والشركة، كما سيأتي بالتفصيل .

لذلك قسمت التبعية، على أربعة أنواع موزعة على المباحث التالية :

- **المبحث الأول: التبعية باعتبار المنشأ والسبب.**
- **المبحث الثاني: التبعية باعتبار الملكية.**
- **المبحث الثالث: التبعية باعتبار وصفها.**
- **المبحث الرابع: التبعية باعتبار المعاوضة.**

[1] . أعني بالأصل: الأعيان المالية التي ترتبط بها التوابع ، بعلاقة التبعية ، أما الأصالة تتسع لتعبر عن المعنى المؤثر الذي يربطها بتوابعها ؛ كالأصالة الإنتاجية ، وأصالة الملكية؛ كما سيأتي في ثنايا الدراسة .

المبحث الأول: التبعية باعتبار المنشأ والسبب:

منشأ الشيء: أصله وسببه؛ لأن الفرع لا ينشأ الإ عن أصل، وهو ما يستند تحقق الشيء إليه[١].

أما السبب في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو: كل حادث ربط به الشرع أمرا أخرا وجودا وعدما، وهو خارج عن ماهيته. أي أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب، كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبب[٢].والسبب المقصود هنا، السبب المنشئ للملكية: وهو السبب الذي يحدث ملكا على أعيان لم تملك من قبل.[٣]

فالأصل والأصالة هما السبب والمنشأ، والتابع والتبعية هما النتيجة والفرع .

وقد اعتنى الفقهاء[٤] في مدوناتهم الفقهية بمسألة التولد من الأصل؛ وقد جعلوا من أسباب الملك التولد من المملوك؛ ومعناه أن ما يتولد من شيء مملوك، يكون مملوكاً لصاحب الأصل؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع، سواء أكان التولد بفعل مالك الأصل، أم بالخلقة[٥]. أما إذا تولّد شيء من شيء مشترك فهذا المتولد الحاصل يكون مشتركاً بين المالكين للأصل بنسبة حصصهم فيه.[٦]

وهناك من يرى أن التولد من المال المملوك لا يعد سببا جديداً لإفادة الملك؛ لأن من خصائص الملك التام أن يكون المال بمنافعه وثمراته المتصلة، والمنفصلة ملكا لصاحبه مقصورا عليه لا يشاركه فيه احد، فيكون ملك ما توالد ثابتا بالسبب الأول الذي ثبت به الملك في أصله .[٧]

لكن الشيخ مصطفى الزرقا جعل من الضروري إفراد صورة التولد من المملوك، سببا مستقلا من أسباب الملكية؛ معللا ذلك: بأن الشيء المتولد من المملوك لا تستند ملكية صاحب الأصل فيه إلى إحراز، إذ قد يكون في يد غيره كنتاج المغصوب، ولا تستند أيضا إلى عقد أو خلفية، فوجب عد التولد سبباً مستقلاً [٨].

ومن قال بسببية التولد من المملوك؛ أي اعتبار المتولد من المملوك سببا قائما بذاته ،يفيد الملكية ،خرّج هذه السببية على قاعدتين فقهيتين نص عليهما الفقهاء[٩] .

---

[1] . انظر ابن النجار، شرح الكوكب المنير ١/١١.

[2] . مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/٣٩١،٣٩٠.

[3] . المرجع السابق ١/٢٥٦.

[4] . السرخسي، المبسوط ١٣/١٩٠، ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد،المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب ،الرياض،٢٠٠٣م ٥/ ١٩٠.

[5] . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٩م، ٦/٣٦٩.

[6] . مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/٣٤٣.

[7] . الجميلي ،باسم العلاوي، العمل في الاقتصاد الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٦م, ص١١٤،١١٣. بدران،أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨م، ص٣١٩.

[8] . مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ١/٣٤٤.

[9] . أبو حميدة، عبد الحافظ يوسف، (١٩٩٦م)،التولد من المملوك دراسة نظرية تطبيقية، رسالة ماجستير(غير منشورة)،الجامعة الأردنية،عمان،الأردن، ص١٤.

- **القاعدة الأولى:**(كل من كان له ملك كان له نماء ذلك الملك) وتعني أن نماء الأشياء تكون مملوكة لمالك الأصل، والمتولدات نماء، فهي على هذا ملك لمالك الأصل .
- **القاعدة الثانية:** (التابع تابع) وتعني أن المتولدات تابعة لأصولها في الوجود، إذ هي ناشئة من أعيان أصولها، فيلزم أن تتبع أصولها في الحكم .

❖ **وأرجح أن (التولد من المملوك) سببا مستقلا من أسباب الملكية، لاعتبارين هما:**

- في حالة انفساخ عقد البيع بالعيب ونحوه، تظهر مسألة التولد من المملوك مقرونة بالملك والضمان كما سيأتي .
- إذا دخل الأصل في عقد مشاركة، وأصبح العمل سببا في التولد من المملوك، هنا يظهر الأثر في ملكية المتولد بين مالك المال والعامل كما سيأتي .

لكن قبل الخوض في عقود المعاوضة محل الدراسة، اذكر مسألة في الزكاة لها أثرها في تقرير ما أبحثه في تبعية المتولد لأصله، ذلك أن غالبية الفقهاء توجهوا إلى الحكم في تبعية المتولد _كنتاج السائمة، وربح المال _ لأصله في النصاب والحول الزكوي، بحيث تضم المتولدات حقيقة وحكما لأصولها الزكوية وتزكى إذا بلغت مع أصولها النصاب وحال حولها جاء في كشف الأسرار: (فإن تصرف في ثمن الإبل فربح ألفا ضم الربح إلى أصله، وإن بعد أصله عن الحول....؛ لأن التبعية معنى يرجع إلى ذات المستفاد فإن كون الشيء متفرعا من الشيء معنى يرجع إلى ذاته؛ لأن ذاته جزء منه والقرب إلى الحول حال زائدة فيه فكان الترجيح بمعنى راجع إلى الذات أحق من الترجيح بالحال)[١]. قال ابن قدامة: (لا نعلم في ذلك خلافا؛لأنه تبع للنصاب من جنسه؛ فأشبه النماء المتصل)[٢] وإن كان الحنفية[٣] خلافاً للجمهور[٤] يتوسعون في تطبيق حكم التبعية على **المال المستفاد للمال القديم إذا كان من جنسه وغير متولد منه** حقيقة أو حكما، فالحنفية يجعلونه تبعا له، كالمتولد، حجتهم في ذلك: أنه زيادة على الأصل، إذ الأصل يزداد به ويكثر، والزيادة تبع للمزيد عليه، أما الجمهور يجعلونه مستقلا كالمستفاد من غير الجنس استدلوا بحديث عائشة عن النبي ﷺ: **((لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول))**[٥] وبذلك خص كل مال بحول كامل، وما دام المال المستفاد قد ملك بسبب مختلف عن سبب ملك

---

[1] . البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله عمر، دار الكتب العلمية ٤ / ١٤٤

[2] . ابن قدامة، المغني ٢/٦٢٥. وانظر الماوردي، الحاوي ٣/١٧٥، المرداوي، الإنصاف ٣/١٤٨.

[3] . الكاساني، بدائع الصنائع ٤/٣٨.

[4] . النووي، روضة الطالبين ٢/١٣٤، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٢/٢٧٣.

[5] .رواه ابن ماجة في سننه : ١٧٩٢، كتاب: الزكاة ، باب من استفاد مالا ، ١/٥٧١. رواه البيهقي في السنن الكبرى : ٧٠٦٦، كتاب الزكاة : باب لا زكاة في مال حتى يحول عليه حول ، ٤/٩٥ ، رواه الدار قطني في السنن: كتاب :الزكاة باب وجوب الزكاة بالحول ،٢/٩٠، جاء في البدر المنير: إسناده ضعيف ؛ لأن فيه حارثة بن أبي الرجال ، (وهو ضعيف) . قال البخاري : منكر الحديث . وقال البيهقي : لا يحتج بخبره . قال : ورواه (الثوري) عن حارثة موقوفا على عائشة . ابن الملقن ، البدر المنير ، ٥ / ٤٥٥.

المال القديم ، فلا يتبعه في الحول[1]. وقد رجح أستاذنا الدكتور محمد نعيم في بحثه رأي الجمهور حين قال: ردا على الحنفية: **ولا تكتسب التبعية بكون المال الطارئ زيادة على المال القديم أو تكثيرا له؛** لأن هذا المعنى ثمرة لاتحاد المال، وليست ثمرة لاتحاد جنس المال؛ إذ أن كل مال يدخل على مالك، ويوجد قبله مال أخر فإنه يزيده ويكثره، وان لم يكن من جنسه؛ لأن مالية الممولات واحدة، وكلام الحنفية في توجيههم لمذهبهم ينطبق على المال المستفاد من غير الجنس أيضا، لأنه يكثر ما يسبقه من مال عند المالك، باعتبار ماليته.... ولكن الحنفية ينفون التبعية عن المستفاد من غير الجنس، فلزمهم أن ينفوها عن كل مستفاد غير متولد لعدم الفرق المؤثر. وهكذا يظهر أن الأصل في اشتراط الحول في زكاة المستفاد المجانس وهو ما ذهب إليه الجمهور[2].

الملحظ المستفاد من المثال السابق، أن الحكم على مال ما بالتبعية لأصل مالي أخر، له قواعده التي ينطلق منها، وأسبابه التي تبرر القول به، لذلك جاء اعتبار جمهور الفقهاء أن التولد بشقيه الحقيقي والحكمي هو القاعدة والسبب للقول بتبعية المال المستفاد للمال القديم عند وحدة الجنسية، اعتبار له وجاهته وحجيته، وهو النظر إلى التبعية من جهة السببية، خلافا للسادة الحنفية الذين نظروا إلى مجرد تكثير المال القديم وزيادته .

بناء على ما سبق من تأصيل لتبعية المتولد؛ ولأجل تعلق التابع بأصله، صدّرت أنواع التبعية، بأقوى التوابع صلة بأصولها الناشئة عنها، المتولدة منها حقيقة أو حكما، وهو ما يعد أكثر المعاني تبادرا عند وصف الفقهاء تطبيقا فقهيا ما، أن القاعدة التي تحكمه هنا،هي الأصالة والتبعية. وذلك عند ملاحظة معنى التولد من الأصل. وهو ما سيتم بحثه من خلال الفروع التالية.

❖ **معنى التولد لغة واصطلاحا .**

التولد لغة: من وَلَدَ، والولد اسم يجمع الواحد والكثير والذكر والأنثى، وتولد الشيء من الشيء؛ حصل منه ونشأ عنه، بالمقابل يقال: نتجت الناقة والفرس وأنتجت بالضم: إذا ولدت، وتولد الشيء عن غيره نشأ عنه[3].

التولد اصطلاحا: هو نشأة شيء من شيء، **أي النشوء من الأصل**؛ ومنه: تولد الدود من الفاكهة، إذا نشأ منها.[4]

---

[1] . الكاساني، بدائع الصنائع ١٤/٢، ابن رشد ، بداية المجتهد ١/ ٢٨٠_٢٨١، الماوردي، الحاوي ١١٦/٣، ابن قدامة ، المغني ٤٩٨،٤٩٩/٢، ابن حزم ، المحلى ٨٤/٦.

[2] . ياسين ، محمد نعيم، (بحث زكاة مكافأة نهاية الخدمة) ،أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة ، ط٣،٣م،دار النفائس،عمان،٢٠٠٤م، ٢٨٨/١.

[3] . الفيومي ، المصباح المنير ٢ / ٦٧٢ ، ابن فارس، مقاييس اللغة ٦ /١١٠، الرازي ، مختار الصحاح ١ /٧٤٠، ابن منظور، لسان العرب ٣ /٤٦٧.

[4] . محمد قلعه جي، معجم لغة الفقهاء ١ / ١٥٢.

ومن الباحثين من عرّف التولد بأنه: **نشوء خَلْقي لشيء عن شيء مملوك شرعا** .[1]

وما يؤخذ على التعريف تضييقه معنى التولد، على ما نشأ من الأصل المملوك خِلقة.

والأصل أن التولد من المملوك يتسع ليشمل ما نشأ من الأصل المملوك حقيقة (= النشوء الخِلقي) وحكما (= كالربح) .

هذا ولم يخرج استعمال الفقهاء لمعنى التولد عن المعنى الذي اصطلحه اللغويون، بحيث يصب المعنى في ما يتولد وينتج من غيره، والتبعية التي أنشدها في هذا السياق يمكن تعريفها بالقول إن **تبعية المنشأ:** العلاقة التي تربط المتولد بأصله الذي تولد منه حقيقة؛ كالزرع والثمار من الأشجار، أو حكما كربح المال؛ لذلك يمكن عدها نوعين :

- ✓ **منشأ خِلقي:** وهي ما تولد من عين الأصل واكتسب صفاته، وكان جزء من ماهيته؛ كالمتناسل من الحيوانات، والثمار، واللبن .
- ✓ **منشأ حكمي:** ما تولد عن الأصل إما بالاستخدام كالمنافع، وإما باعتبار الأصل عاملاً إنتاجياً فتولد عنه كالربح

وقد وُجدت في الفقه الإسلامي عقود مالية، ظهرت فيها التوابع المتولدة من أصولها، فتوجهت إرادة العاقدين نحو تملك هذه التوابع المتولدة من أصولها، منها ما كان على سبيل الأصالة، والأخر على سبيل التبعية .

وقد جاء تقسيم الفروع، بناء على ملاحظة المعنى المقرر سابقا .

المطلب الأول: العقد على المتولد أصالة.

ظهرت عدة عقود في الفقه الإسلامي نظمت مشاركة مالك الأصل الإنتاجي مع العامل، للحصول على التوابع المتولدة من هذه المشاركة .

بحيث عملت عقود المشاركات الاستثمارية، على تحويل أصل المال إلى أصل إنتاجي، تولد منه ما يسمى بالعوائد التابعة.

- وانقسم تولد العوائد التابعة لأصولها الإنتاجية إلى قسمين:

- ✓ القسم الأول: التولد الحقيقي من الأصل الإنتاجي؛ وهو ما ظهر في عقدي المزارعة والمساقاة.
- ✓ القسم الثاني: التولد الحكمي من الأصل الإنتاجي، وهو ما ظهر في عقدي المضاربة والشركة.

[1] . عبد الحافظ أبو حميدة، التولد من المملوك ص١٣.

بحيث لوحظ أن القصد إلى تملك التوابع المتولدة من أصولها جاء على سبيل الأصالة؛ لأن عقود المشاركات توجهت لتحصيلها أصالة، الإ أن التبعية يظهر أثرها عند فساد عقود المشاركات، أو فسخها عند حصول الأسباب الداعية لذلك.

وانتهاء إلى مقصود الدراسة وما يخدمها، لا بد من تسليط الضوء على عقود المشاركات التي تولد فيها التابع من أصل المال بسبب عنصر العمل، والذي حول أصول الأموال الحقيقية (= الأرض وما يلحق بها من حيوانات متناسلة) أو الأموال الحكمية (= رأس المال النقدي) إلى أصول إنتاجية، اشترك فيها المال، والعمل بالناتج والربح[1].

والمسائل التالية، ستبحث موضع التبعية في عقود المشاركات، خاصة عند حدوث فساد فيها:

الفرع الأول: التولد الحقيقي من الأصل الإنتاجي[2]:

العقد الأول _ المزارعة

وتعني لغة : مفاعلة من الزرع وهو الإنبات. [3]

أما اصطلاحا :هي دفع الأرض إلى من يزرعها، أو يعمل عليها، والزرع بينهما [4].

وهي مشروعة عند كثير من الصحابة والتابعين ﷺ[5]، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز المزارعة ؛ وهو قول الصاحبين من الحنفية والمفتى فيه عندهم[6]، والمالكية[7] والحنابلة [8].

أما الأدلة التي احتجوا بها :

---

[1] . الأموال الاقتصادية تدخل في الإنتاج، مثل الأرض ورأس المال ،فيكون للأرض أجر(ريع) ولرأس المال عائد(حصة من الربح) ... فكل إنتاج يحتاج إلى عوامل (= عناصر) إنتاج، ولكل عامل من هذه العوامل عائدة ناشئ من هذا الإنتاج، وتوزيع العوائد الناشئة من الإنتاج، على عوامل الإنتاج ، ويسمى الدخول (الأجور ، الأرباح ..) على عوامل الإنتاج (الأرض، العمل، التنظيم، رأس المال). رفيق المصري، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص ٣٨.

[2] . أقصد بالأصل الإنتاجي : أصل المال عندما يشترك مع عنصر العمل لتحصيل العائد التابع .

[3] .المعجم الوسيط ١/ ٣٩٢. القونوي ،قاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء في الألفاظ المتداولة بين الفقهاء،(تحقيق يحيى مراد)، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٤م، ١ / ١٠١ .

[4] . انظر د. صالح العلي ، عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي ص ١٨١.

عرّفها الحنفية بقولهم : **عقد على الزرع ببعض الخارج** . الحصفكي ،محمد بن علي، الدر المختار،(تحقيق عبد المنعم خليل) ، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٢م٥ /٥٨٢

كما عرفها المالكية بأنها: **الشركة في الزرع.** الدردير ، اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ٣١١/٣.

قال الشافعية :**اكتراء العامل ليزرع الأرض ببعض ما يخرج منها** ، وتسمى أيضا المخابرة ، وهي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها. الحصني، أبو بكر بن محمد، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار،دار إحياء التراث الإسلامي، الدوحة،١٩٨٦م، ٥٩٣/١.

وعند الحنابلة تعني: **دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه بجزء مشاع معلوم منه.** ابن مفلح، المبدع شرح المقنع ٤ /٣١٧. المزارعة هي أن يعامل إنسانا على أرض ليتعهدها بالسقي والتربية على أن ما رزق الله تعالى من الحبوب يكون بينهما بجزء معين، والمراد بقوله بجزء معين كالنصف والربع والثلث. المباركفوري، تحفة الأحوذي ٤ /٥٢٩.

[5] . انظر فتح الباري،١٣/٥، شرح النووي على مسلم ١٠ / ٢١٠

[6] . الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ٢٢٨/٢ .

[7] . الحطاب، مواهب الجليل ١٥٥/٧.

[8] . ابن قيم، زاد المعاد ١٣٠/٣، الكافي في فقه الإمام احمد ،١٦٣/٢-١٦٤.

حديث ابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ **((أعطى خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما خرج منها))** [1].

واستُدل بقوله على شطر ما يخرج منها لجواز المساقاة بجزء معلوم لا مجهول، واستدل به على جواز المزارعة بإخراج البذر من العامل أو المالك لعدم تقييده في الحديث بشيء من ذلك.[2]

ويستدل أيضا بأن المزارعة شريعة متوارثة، لتعامل السلف والخلف فيها من غير نكير[3]؛ ولأن المسلمين في جميع الأمصار والأعصار مستمرون على العمل بالمزارعة.[4]

والقياس على المضاربة من حيث الشركة في النماء فقط دون الأصل، **أيضا مراعاة مبدأ الحاجة** ؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها ، أو لا يتفرغ له ، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار ، فيحتاج ذلك إلى الاستعمال وهذا إلى العمل ، ولو اكترى المالك لزمته الأجرة في الحال ، وقد لا يحصل له شيء من الثمار ، ويتهاون العامل ، فدعت الحاجة إلى تجويزها وهذه الحاجة توجد في المزارعة أيضا.[5]

في البداية لا بد من الإشارة إلى أن الزرع والثمرة هما من خلق الله تعالى جلّت قدرته، وأن ليس للإنسان الا التربية والرعاية، يقول الله تعالى في كتابه الكريم مبينا أن خلق الزرع منه تعالى أما الحراثة والبذار فمن عمل الإنسان ، فإذا عطل سبب الزرع فالنتيجة هلاكه[6]، قَالَ تَعَالَى:

﴿ أَفَرَءَيْتُم مَّا تَحْرُثُونَ ﴿٦٣﴾ ءَأَنتُمْ تَزْرَعُونَهُۥٓ أَمْ نَحْنُ ٱلزَّٰرِعُونَ ﴿٦٤﴾ لَوْ نَشَآءُ لَجَعَلْنَٰهُ حُطَٰمًا فَظَلْتُمْ تَفَكَّهُونَ ﴿٦٥﴾ ﴾[7] وقد ذهب الشافعية[8] إلى جواز المزارعة تبعا للمساقاة؛ وإن كانت المزارعة عندهم لا تجوز منفردة فتجوز تبعا للمساقاة؛ فيساقيه على النخل ويزارعه على الأرض؛ لأن الأرض البياض تابعة

---

[1] . أخرجه البخاري رقم الحديث (٢٣٣١) ، كتاب المزارعة ، باب المزارعة مع اليهود ،٤٠٧/٨.أخرجه مسلم في رواية أخرى: (عن رسول الله صلى الله عليه و سلم:**أنه دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه و سلم شطر ثمرها)** رقم الحديث (١٥٥١)، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع،١١٨٦/٣.

[2] .انظر ابن حجر ، فتح الباري ١٣/٥.

[3] . الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٧ / ٥١.

[4] . شرح النووي على مسلم ١٠ /٢١٠ . يقول ابن تيمية :الذي نهى عنه صلى الله عليه وسلم من المزارعة إنهم كانوا يشترطون لرب المال زرع بقعة بعينها وهو ما ينبت على الماذيانات وإقبال الجداول ونحو ذلك فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، ولهذا قال الليث بن سعد وغيره: إن الذي نهى عنه صلى الله عليه وسلم هو أمر إذا نظر فيه ذو البصر بالحلال والحرام علم أنه لا يجوز ؛ أو كما قال . فبين أن النهي عن ذلك موجب القياس فإن مثل هذا لو شرط في المضاربة لم يجز؛ **لأن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلا** بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع فإنهما يشتركان في المغنم وفي المغرم **فإن حصل ربح اشتركا في المغنم وإن لم يحصل ربح اشتركا في الحرمان وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال** هذا ولهذا كانت الوضيعة على المال؛ لأن ذلك في مقابلة ذهاب نفع العامل. مجموع الفتاوى ابن تيمية ٢٠ / ٥٠٨.

[5]. انظر مجمع الأنهر١٤٠/٤.ابن القيم، محمد بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦م، ٣٠٥/٣ . ابن القيم، محمد بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بلا، ٤م، (تحقيق طه سعد)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ٣٣/٢ .الشربيني، مغني المحتاج ٣٢٢/٢، ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٠٣ وما بعدها .

[6] . قنطقجي، سامر، النموذج الرياضي للاقتصاد الإسلامي، ٢٠٠٩، ص٨

[7] . سورة الواقعة: آية ٦٣-٦٥.

[8] . الشربيني، مغني المحتاج : ٣٢٣/٢.

لأصلها وهي مجمل الأرض، بحيث يصح التصرف فيها بالمزارعة _ وهو الذي لم يجيزوه ابتداء وأصالة _ الإ أنهم اغتفروا في ما يعقد عليه تبعا لا أصالة.

ومن الباحثين من قال أن هذه الحالة التي أجازها الإمام الشافعي لا توجد ميدانيا[1]؛أي لا يوجد لها تطبيق عملي في الوقت الحاضر .

ومن الشافعية من ذهب إلى جواز المزارعة تبعا للمساقاة؛ بالنظر إلى معيار القلة والكثرة، في مساحة الأرض؛ بحيث يتسامح في ما قلة مساحته بين مغارس الأشجار للمزارعة، بالقياس تبعا لكثرة المساحة المستعملة للمساقاة[2].

وذهب الإمام مالك أن المزارعة لا تجوز لا منفردة، ولا تبعا الإ ما كان من الأرض بين الشجر؛ وهو ما يسمى البياض، **وهو ما يمكن تفسيره عند الإمام مالك اعتبار لتبعية القلة والكثرة**، حيث قُدره بالثلث هنا، وهو مقدار معتبر عند المالكية في الكثير من الأحكام[3].

بذلك أرى ترجيح رأي الجمهور في مشروعية المزارعة، للأدلة القوية الواردة؛ لأنها عقد مشاركة بين الأصل الإنتاجي (الأرض) وعنصر العمل[4] لتحقيق العائد المقصود وهو الزرع.

والزرع المتولد من اجتماع عدة منافع (= الأرض، والبذر، والسماد، والماء، وجهد العامل) هو التابع المتولد في عقد المزارعة ، وهو ما يمكن تسميته بالتابع العائد من أصل إنتاجي[5]؛ فالأصل الإنتاجي هنا هو مجموع ما سبق؛ لأن الزرع ليس نماء البذر ولا يعد تابعا له وحده، بل بمجرد الاتفاق على عقد المزارعة، انطبعت الأصالة في عقد المزارعة بعاملي المال والعمل،

---

[1] . الرفاعي، حسن محمد، عقود استثمار الأراضي الزراعية، ط١، مؤسسة الرسالة ، بيروت- لبنان، ٢٠٠٥، ص٨٩.

[2] . انظر الشربيني، مغني المحتاج ، ٣٢٣/٢.

وحتى تتحقق هذه التبعية اشترط الشافعية ما يلي :

١. اتحاد العامل: ومعنى اتحاد العامل أن يكون عامل المساقاة هو عامل المزارعة نفسه، فإذا كان مختلفا لا يجوز عقد المزارعة، لأن إفراد المزارعة بعامل يخرجها عن التبعية .

٢. تعسر الإفراد: ومعناه أن يتعسر إفراد النخيل أو العنب محل المساقاة، وإفراد البياض بالزراعة، لأن التبعية إنما تتحقق حينئذ بخلاف تعسر أحدهما .

٣. اتصال العقدين: ومعناه أن لا يفصل العاقدان بين المساقاة والمزارعة التابعة لها، بل يأتيان بهما على الاتصال لتحصل التبعية ويشترط اتحاد العقد بأن يشملهما عقد واحد حتى تتحقق التبعية ، فلو قال صاحب الأرض للعامل : ساقيتك على النصف ، فقال له: قبلت، ثم زارعه صاحب الأرض على البياض ، لا تصح المزارعة ؛ لأن تعدد العقد يزيل التبعية ، هذا هو الصحيح في المذهب. الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٧ / ٦١

[3] . ابن رشد، بداية المجتهد ٢٤٥/٢. انظر ابن عبد البر، الاستذكار ٤٢/٧.

[4] . **العمل:** كل جهد مشروع ، مقصود، ومنظم ، بدنيا كان أو ذهنيا ، أو خليطا منهما، يبذله الإنسان لإيجاد منفعة اقتصادية: مادية أو معنوية . صالح العلي، عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي ص١٩٧ .

والعمل في عقود المعاوضات نوعان رئيسان: الأول : عمل يقصد لذاته : وهو العمل المعلوم المضبوط الذي ينتفع بجزء منه ويفضي إلى نتيجته غالبا كالإجارة، الثاني :عمل تقصد نتيجته: وهو العمل غير المضبوط ولا المعلوم ، الذي لا ينتفع بجزء منه وقد يفضي إلى نتيجته وهو العمل غير المضبوط المعلوم ، ولا ينتفع بجزء منه، ولا يفضي إلى نتيجته غالبا (المزارعة والمساقاة والمضاربة) انظر ايمن الدباغ، نظرية توزيع العوائد ص٧٢.

[5] . تقسم عوامل الإنتاج إلى المال والعمل ،ولكل منهما أنواع فالمال يقسم إلى: مال استهلاكي ومال استعمالي، ومال قيمي ومثلي ، والعمل له أنواع أيضا: عمل يقصد لذاته كما في الإجارة ، وعمل تقصد نتيجته كالمضاربة . ولهذه العوامل الإنتاجية عوائد ثلاثة يستحقها من التزم بتقديم عامل الإنتاج أو منفعته في عقد معاوضة هي: الربح، الأجرة، النسبة من الربح. انظر. ايمن الدباغ، نظرية توزيع العوائد على عوامل الإنتاج في الفقه الإسلامي، ص ١١٧

ليتولد التابع منهما (= وهو الزرع). وقد اشترط في مقدار الزرع أن يكون مشاعا أي مشتركا بين المتعاقدين، فلو شرط لأحدهما مقدار معلوم فسد العقد[١].

هذه الفكرة كانت حاضرة في أذهان الفقهاء، حتى الذين لم يجيزوا المزارعة؛ هذا ما يمكن للقارئ ملاحظته في المبسوط للسرخسي حين قال: (لم نجوز المزارعة إلا تبعا للحاجة إليها في ضمن المعاملة (المساقاة) **وقد يصح العقد في الشيء تبعا وإن كان لا يجوز مقصودا** كالوقت في المنقول وبيع الشرب. وهذا كله بخلاف دفع الغنم معاملة بنصف الأولاد أو الألبان؛ لأن ذلك ليس في معنى المضاربة فإن تلك **الزوائد تتولد من العين** ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها وإنما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشر ذلك باختياره فليس لعمل العامل تأثير في تحصيل تلك الزيادة وليس في ذلك العقد عرف ظاهر في عامة البلدان أيضا ولهذا لو فعل الغاصب لم يملك شيئا من تلك الزوائد. فأما هنا فلعمل الزارع تأثير في تحصيل الخارج، وكذلك لعمل العامل من السقي والتلقيح، والحفظ تأثير في جودة الثمار؛ لأن بدون ذلك لا يحصل إلا ما لا ينتفع به من الحشف ؛ فلهذا جوزنا المزارعة والمعاملة، ولم نجوز المعاملة في الزوائد التي تحصل من الحيوانات كدود القز والديباج)[٢]. لكن الباحثة ترى تأثير عمل العامل في كلا العقدين فالرعاية، والحفظ، وطرق العناية بالنبات تؤثر في نوعية الإنتاج وكميته، أيضا هذا المعنى أجده واضحا في العمل على رعاية الحيوانات بحيث يؤدي علفها وتقديم كافة الوسائل الحديثة لتحسين نوعية الإنتاج وكميته، المهم أن العمل له أثر في تحصيل العائد المالي وهو بالنسبة للعامل عائد عمله، أما بالنسبة لمالك (الأرض والأشجار والحيوان) نماء ماله، وهو ما يمكنني الاصطلاح عليه (التابع العائد من أصل إنتاجي)؛لأن النماء تابع للأصل المتولد منه ، لكنه تحول من النماء الطبيعي ضمن ملكية شخص واحد إلى نماء متولد نتيجة شراكة مالية بعقد المزارعة والمساقاة، تَدَخل فيها عمل العامل بآلاته وسماده وما يفرضه عليه مقتضى العقد بحسب العرف المعمول فيه ، فنتج عنه ربح، وهو ما يسمى بلغة التبعية التابع العائد . أما بالنسبة للعامل فهو كسب عمله ، وهو ربح خالص له .

العقد الثاني _ المساقاة

المساقاة لغة: مفاعلة من السقي وتعني دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره.[٣]
المساقاة اصطلاحا: عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره[٤].

---

[1] . ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٥/ ١٧٤.
[2] . السرخسي، المبسوط ٢٣ / ٣٠
[3] . القونوي، أنيس الفقهاء ١ /١٠١.
[4] . قاضي زاده ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، (وتكملة فتح القدير للكمال ابن همام) ٤٧٩/٩.

وهي جائزة عند عامة الفقهاء[1]، وأدلة جوازها ما سبق الاستدلال عليه في المزارعة .
جاء في لسان الحكام:المساقاة كالمزارعة حكما وخلافا وشروطا فإن حكم المساقاة حكم المزارعة وإن الفتوى على صحتها .[2]

وهو ما قرره الإمام ابن القيم في معرض إجازته مطلق المشاركات على عائد عيني من الأصل المشارك فيه، حين قال: (وكما يدفع إليه أرضه يزرعها، والزرع بينهما وكما يدفع إليه شجره يقوم عليه، والثمر بينهما، وكما يدفع إليه بقره أو غنمه أو إبله يقوم عليها، والدر والنسل بينهما، وكما يدفع إليه زيتونه يعصره، والزيت بينهما، وكما يدفع إليه دابته يعمل عليها، والأجرة بينهما، وكما يدفع إليه فرسه يغزو عليها، وسهمها بينهما، وكما يدفع إليه قناة يستنبط ماءها والماء بينهما ونظائر ذلك فكل ذلك شركة صحيحة قد دل على جوازها النص، والقياس، واتفاق الصحابة، ومصالح الناس، وليس فيها ما يوجب تحريمها؛ من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ولا مصلحة)[3]

ولعل نص الإمام ابن القيم يؤصل لفكرة جواز مشاركة العناصر الإنتاجية، وما يلحقها من الأعيان المالية في الإنتاج ، لقاء اقتسام العائد التابع منها بين مالك العناصر الإنتاجية، والعامل بنسبة مشاركة كل منها .

وبالتالي فإن عقدي المزارعة والمساقاة هي عقود مشاركة إنتاجية استثمارية؛ أصالة وابتداء وانتهاء، ومقصدا؛ يشترك فيهما مصدر الإنتاج (= الأرض) والعوامل الإنتاجية(= البذر، الماء، السماد، والأدوية، وغيرها من عوامل تساعد على الإنتاج) بتأسيس وإشراف ورعاية من عنصر العمل الذي يقوم به المزارع والمساقي .

ولعل رسم معالم الأصل في عقد المساقاة، أظهر بياناً من عقد المزارعة؛ وذلك أن المالك قّدم الأصل ظاهراً (= وهي الأشجار) وبقي على العامل الرعاية المعهودة بحسب العرف الجاري، فنتجت الثمرة من منشأ الأصل (= الأشجار) وبسبب العمل المؤثر فيها.

حيث ذهب الحنفية[4] وبعض الحنابلة[1] إلى اعتبار المزارعة والمساقاة من قبيل عقد الإجارة، وذهب جماعة من المالكية [2] إلى أنهما رخصة مستثناة من الإجارة المجهولة العمل للحاجة.

وقال الإمام ابن عرفة المالكي: عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ٥٠٨.
وعند الحنابلة : أن يدفع الرجل شجره إلى أخر ليقوم بسقيه ،وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره. ابن قدامة ، المغني ٥٥٤/٥. فالمساقاة شركة الثمار. رفيق المصري ، المشاركة في وسائل الإنتاج، دار المكتبي، دمشق١٩٩٩م، ص٢٢.

[1] . الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٤. ابن رشد، بداية المجتهد ١٨٤/٢. الشربيني، مغني المحتاج ٣٢٣/٢. ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام احمد ١٦٣/٢-١٦٤.

[2] . ابن الشحنة الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام ٣٤٣/١.

[3] . ابن القيم، إعلام الموقعين ٤ / ١٩.

[4] . انظر الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٦/٤.

لأجل ذلك اشترط بعض الفقهاء[٣] أن يكون البذر من صاحب الأرض، ومن المالكية من قال ببطلان المزارعة عند مقابلة الأرض للبذر؛ لأن من شروط المزارعة التعادل في الاشراك في المخرج أو قيمته، بحسب حصصهم[٤].

وقد قاس بعض الفقهاء البذر في المزارعة على المال في المضاربة انطلاقا من النظر الفقهي العام القائل بأن الزرع نماء البذر، وهو الأمر الذي انبرى الإمام ابن تيمية في إبطاله قائلاً: وهذا قياس فاسد؛ لأن المال في المضاربة يرجع إلى صاحبه، ويقتسمان الربح فنظيره الأرض أو الشجر يعود إلى صاحبه، ويقتسمان الثمر والزرع وأما البذر فإنهم لا يعيدونه إلى صاحبه بل يذهب بلا بدل ، كما يذهب عمل العامل ، وعمل بقرة بلا بدل؛ فكان من جنس النفع لا من جنس المال وكان اشتراط كونه من العامل أقرب في القياس، مع موافقة هذا المنقول عن الصحابة ﭬ؛ فإن منهم من كان يزارع، والبذر من العامل، وكان عمر يزارع، على أنه إن كان البذر من المالك؛ فله كذا وإن كان من العامل فله كذا، ذكره البخاري فجوَّز عمر هذا، وهذا من الصواب.[٥]

حيث ذهب الحنفية إلى منع الشراكة في الشجر، ولم يجعلوا للشراكة أثراً في البذر(في عقدي المزارعة والمساقاة) قال الكاساني: واستئجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى إن النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث؛ ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت، فالمعاملة فاسدة **والخارج بينهما على قدر الملك**... ولا يشبه هذا المزارعة؛ لأن الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره. وله ثلثا الخارج أنه تجوز المزارعة؛ لأن هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الأجير فيه شريك المستأجر **لانعدام الشركة في البذر** وهنا تحقق لثبوت الشركة في النخل فهو الفرق، ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج؛ لأنه خالص **ماله لكونه نماء ملكه.**[٦]

يستفاد من نص الإمام الكاساني أمران:

الأول: قُسّم ملك الثمر في المساقاة الفاسدة بين الشريكين على قدر ملك الشجر، دون اعتبار العمل؛لأن سبب استحقاق الثمرة هو الملك ، فالحنفية هنا يعتبرون التبعية للعقد[٧]

---

[1] . ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٣٢٠/٤.
[2] . ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ط١، تحقيق: محمد ولد كريم ، دار الغرب الإسلامي،١٩٩٢م ص٨٦١.
[3] . السرخسي، المبسوط ٢٦ / ١٨٥
[4] . القرافي، احمد بن ادريس، الذخيرة، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٠م، ١٢٦/٦-١٢٧.
[5] . ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٢ / ٢٤٣
[6] . الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٥/٤.
[7] . انظر ابن نجيم ، البحر الرائق ١٩٨/٥.

الثاني: تهميش قيمة البذر في الشراكة، بحيث اعتبر الإمام الكاساني الأصالة للأرض في الشراكة، وقد ملك الشريكان الزرع باعتباره نماء ملك الأرض .

وظاهر كلام الإمام أحمد: انه يشترط كون البذر من رب الأرض؛ لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه فوجب أن يكون رأس المال من رب المال كالمساقاة والمضاربة فإن شرطه على العامل، أو شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقي فسدت المزارعة ومتى فسدت فالزرع لصاحب البذر لأنه من عين ماله ولصاحبه عليه أجرة مثله. [١]

يرى الإمام احمد أصل عقد المزارعة والمساقاة شراكة بين رأس المال والعمل، بحيث اعتبر الأرض، والبذر في المزارعة رأس المال .

بالمقابل هناك من الفقهاء من رأى جواز المشاركة في الأصل الإنتاجي، حيث أجاز أبو يوسف ومحمد من الحنفية المزارعة، سواء كان البذر من المالك، أو من العامل.[٢]

وجاء في المنتقى: فإن شرطا أن يكون بينهما على أن يكون البذر، والعمل من عند العامل فقد قال مالك في المدونة، وغيرها ذلك جائز قال ابن القاسم، وذلك أن السنة جاءت في خيبر أن النبي ﷺ عاملهم في البياض والسواد على النصف .[٣]

ويبقى حد الثلث في التابع معتبرا عند المالكية قال الإمام خليل: إنما تصح مساقاة شجر، وإن بعلا ذي ثمر لم يخل بيعه ولم يخلف إلا تبعا ... ومن الشروط أن لا يخلف الأصل أو ثمره، إلا أن يكون ما لم يبلغ حد الإثمار، أو ما بدا صلاحه، أو ما يخلف تبعا، وإلا جاز، والتبعية أن يكون التابع الثلث فأقل[٤].

قال الإمام الماوردي: إذا كانت النخل بين شريكين فساقى أحدهما صاحبه على أن يعمل فيها وله الثلثان من جميع ثمرها فهذه مساقاة جائزة ؛ **لأن له ملكا وعملا ، فكان له النصف بالملك ، والسدس الزائد عليه بالعمل** .[٥]

ومن المهم التركيز على مسألة سيبنى عليها الكلام اللاحق وهي المشاركة بين طرفي عقد المزارعة والمساقاة في ملكية الأصل الإنتاجي (= الأرض، الشجر) مع العمل من أحدهما أو كليهما ، وهو قول كثير من أهل العلم [٦].

---

[1] . ابن قدامة، الكافي ٢ / ١٦٧، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٣٢٠/٤.
[2] . السرخسي، المبسوط ١٩/٢٣.
[3] . الباجي، المنتقى شرح الموطأ ٣ / ٤٩٠
[4] . النفراوي، احمد بن غنيم,الفوائد الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (تحقيق رضا فرحات)، دار الثقافة الدينية، ٣/ ١١٩٤.
[5] . الماوردي، الحاوي ٧ /٣٧٩.
[6] . السرخسي ،المبسوط ٢٦ / ١٨٥، المنتقى شرح الموطأ ٣ /٤٩٠، الماوردي، الحاوي ٧ /٣٧٩، ابن قدامة ، الكافي ٢ / ١٦٧، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٣٢٠/٤.

دليل ذلك: إطلاق النبي ﷺ صور المشاركة في المزارعة والمساقاة وعدم تقييدها في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ((**أعطى خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما خرج منها**))[1]. قال الإمام الشوكاني: (وظاهر هذا أن البذر منهم وان تسمية نصيب العامل تغني عن تسمية نصيب رب المال ويكون الباقي له).[2] وعمل الصحابة في ذلك: (حيث زارع علي عليه السلام وسعد ابن مالك، وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، والقاسم، وعروة، وآل أبي بكر، وآل علي، وآل عمر. وعامل عمر الناس على أن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا).[3] والصحيح أنه يجوز أن يكون من رب الأرض، وأن يكون من العامل وأن يكون منهما. [4]

لذلك يمكن القول إن إطلاق حرية المشاركة بين الأطراف العاقدة دون تقيدها بقيود ملكية الأصل الإنتاجي من جهة والعمل من جهة أخرى، يحقق مقصود هذه العقود في الأصول التشريعية، لتسهيل عمليات الشراكة الإنتاجية، وحرية التعاقد وتحقيق مصالح المتعاقدين المنشودة، ذلك أن تحديد حصة المتعاقدين من العائد (الثمر) بداية العقد يحسم الخلاف والمنازعة ويحفظ الحقوق التي جاء الشرع الحنيف لإقرارها من خلال العقود المالية .

حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى ترك تحديد مقدار الشريكين من الثمر إلي اتفاق الشريكين، على قدر مشاركاتهم في العملية الإنتاجية، خلافا للمالكية الذين اشترطوا في المزارعة، أن يطابق الربح قيمة المخرج، فلو كانت قيمة أجرة الأرض مائة ، وقيمة أجرة العمل خمسين، فيشترط أن تكون نسبة رب الأرض في الربح الثلثين ونسبة العامل الثلث، وتفسد المزارعة إذا اشترط غير هذه النسبة هنا، بحيث وجّه المالكية رأيهم نحو تحقيق مقصد العدالة في توزيع الناتج بين المتشاركين وذلك حين قال الإمام خليل: وقابلها مساو، قال شراحه: المراد بالتساوي أن يكون الربح مساويا للمخرج، فلا يجوز الدخول على أن يأخذ أحدهما أكثر مما أخرج[5].

وبذلك نجد اعتناء الفقهاء في توزيع التابع المتولد من الأصل الإنتاجي قبل البدء بعقد الشراكة وهو التقعيد الذي يؤثر بحيث يعد التنظيم الأول لمراحل التوزيع في الاقتصاد الإسلامي، وهو

---

[1] . سبق تخريجه ص

[2] . الشوكاني ، محمد بن علي، نيل الأوطار ، المطبعة المنيرية، ٦ /٨.

[3] . المرجع السابق ٩/٦ . وقال الإمام ابن تيمية : والذين اشترطوا أن يكون البذر من رب الأرض قاسوا ذلك على المضاربة فقالوا في المضاربة : المال من واحد والعمل من آخر وكذلك ينبغي أن يكون في المزارعة وجعلوا البذر من رب المال كالأرض . وهذا القياس مع أنه مخالف للسنة ولأقوال الصحابة فهو من أفسد القياس ؛ وذلك أن المال في المضاربة يرجع إلى صاحبه ويقتسمان الربح فهو نظير الأرض في المزارعة وأما البذر الذي لا يعود نظيره إلى صاحبه بل يذهب كما يذهب نفع الأرض فإلحاقه بالنفع الذاهب أولى من إلحاقه بالأصل الباقي فالعاقد إذا أخرج البذر ذهب عمله وبذره ورب الأرض ذهب نفع أرضه وبذر هذا كأرض هذا فمن جعل البذر كالمال كان ينبغي له أن يعيد مثل البذر إلى صاحبه كما قال مثل ذلك في المضاربة فكيف ولو اشترط رب البذر نظير عود بذره إليه لم يجوزوا ذلك. انظر ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٠ /٥١١

[4] . ابن القيم، الطرق الحكمية ١/ ٣٦٣

[5] . الزيلعي، تبيين الحقائق ٤٣٧/٦، النفراوي ، الفواكه الدواني ١٢٠١/٣، الشربيني، مغني المحتاج ٤٢٣/٣، ابن مفلح : المبدع شرح المقنع ٣٢٢/٤، انظر ايمن الدباغ، نظرية توزيع العوائد ١٤١.

توزيع الموارد الطبيعية قبل عملية الإنتاج؛ وهو ما يسمى بتوزيع ما قبل الإنتاج، أو التوزيع القاعدي؛ وهذا يعني أن عملية التوزيع في الاقتصاد الإسلامي تسبق عملية الإنتاج [١].

جاء في مجموع الفتاوى: وقد ثبت بالسنة وإجماع الصحابة؛ أن البذر يتلف لا يعود إلى صاحبه . وقد ثبت في الصحيح " **أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر وزرع على أن يعمروها من أموالهم** " فالأرض والنخل والماء كان للنبي ﷺ واستحقوا بعملهم جزءا من الثمر كما استحقوا جزءا من الزرع؛ وقد كان البذر منهم والشجر من النبي ﷺ .[٢]

يلاحظ أن الأرض بعد انتهاء عقد المزارعة ترجع إلى مالكها ، لتدخل مرحلة إنتاجية أخرى، أما البذر نراه استهلك وذهبت عينه، لتحوله إلى العائد التابع(وهو التمر في الحديث)، مما يقرب الأرض إلى وصف الأصل الدائم، والبذر إلى وصف الأصل المستَهلَك.

لذلك يمكن القول إن الضابط المقرر لأصول الشراكة في عقدي المزارعة والمساقاة، يرجع إلى العرف المعمول به بين المتعاقدين؛ وذلك لتلبية الحاجة المرعية في أصل تشريع هذه العقود وتحقيق المصالح والمقاصد بين الشركاء، على وجه يضمن الحقوق والأموال بينهما ؛لأن القاعدة الفقهية تنص على أن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا "[٣].

مثال ذلك: عقود مزارعة الخضار؛ في الوقت الحاضر يشترك المالك والمزارع في البذر في معظمها، ويتكفل المزارع تكاليف الفلاحة والسقاية والقلع وغيرها حسب طبيعة المزروع[٤]

كما أن اغلب عقود المساقاة حديثا ترد على بساتين الليمون دون سواه، وصورتها أن يقدم المالك أرضه المنصوبة بأشجار الليمون إلى من يتعهدها بالحفظ والسقاية، وكل ما تحتاجه من عمل وفلاحة على أن يكون له ثلث الثمر والباقي لصاحب الشجر، على أن ما كان من نفقة على الثمر من سماد وأدوية، وما كان من تكلفة الصناديق والنقل فهو عليهما بالتساوي[٥].

أما ما يُظهر قاعدة الأصالة والتبعية على أشدها في المدونات الفقهية، هو النظر الفقهي للتابع المتولد من أصله، وذلك عند حدوث فساد في عقدي المزارعة والمساقاة، فيما يأتي:

---

[1] . انظر الجميلي ، العمل في الاقتصاد الإسلامي ص١١٢٣. دنيا ، شوقي احمد، الإسلام والتنمية الاقتصادية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩م، ص٢٦٤.

[2] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٠ / ٥٤٩

[3] . مجلة الأحكام العدلية : المادة ٤٣.

[4] . انظر حسن الرفاعي، عقود استثمار الأرض الزراعية ص١٤٣-١٥٦

[5] . انظر حسن الرفاعي، عقود استثمار الأرض الزراعية ص١٥٤.

ثالثا: فساد عقدي المزارعة والمساقاة:

اتفق الفقهاء على أنه إذا وقع الفساد في المزارعة والمساقاة قبل الشروع في العمل تفسخان[١]، أما إذا وقع العمل فيهما، أختلف الفقهاء في ملك الزرع والثمرة عند فساد العقد على قولين هما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والمالكية في قول[٥]، إلى أن الثمرة في عقد المزارعة الفاسدة لمالك البذر؛ لأنها نماء ملكه، وعليه للأخر أجرة المثل في العمل،أو الأرض،أو الآلة، وفي المساقاة الفاسدة جُعلت الثمرة لصاحب الشجر، وللشريك الأخر أجرة المثل.

واستدل جمهور الفقهاء بالأدلة التالية:

أولا : القياس على الإجارة الفاسدة ؛ قال الإمام القرافي في فروقه: إن نظر الفقهاء متجه إلى أن أسباب الفساد في المعاوضات إذا تأكدت ترجع إلى حكم الإجارة. [٦]

ثانيا: الشركة تصح فيما لا يتميز إذا خلط. قال الماوردي: إذا اشترك أربعة في زراعة أرض على أن تكون من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر، ومن الآخر بقر الحرث، ومن الآخر العمل، كانت شركة فاسدة؛ لأن الشركة إنما تصح فيما لا يتميز إذا خلط، فعلى هذا يكون الزرع كله لصاحب البذر لأنه نماء ملكه، ويكون عليه أجرة مثل الأرض والبقر لأنهم دخلوا على عوض فاسد.[٧] و قال ابن مفلح : حكم المزارعة حكم المساقاة ... وان كان البذر من العامل فهو له، وعليه أجرة مثل الأرض لربها، وهي المخابرة، وان كان البذر من رب الأرض فهي له وعليه أجرة مثل العامل، وان كان منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بالفاضل[٨]

أما المالكية فقد اختلفوا اختلافا بينا في هذه المسألة؛ والقول الراجح عندهم مذهب الإمام ابن القاسم: ووجه ذلك عنده؛ أن الزرع لمن اجتمع عنده شيئان من ثلاثة أشياء البذر والأرض والعمل؛ وقسمها على النحو التالي: فإن كانوا ثلاثة واجتمع لكل واحد شيئان، أو انفرد كل واحد منهم بشيء منها فالزرع بينهم أثلاثا، وإن اجتمع لأحدهم شيئان دون صاحبيه فالزرع له دونهما أو اجتمع شيئان لشخصين منهم فالزرع لهما دون الثالث[٩].

---

[1] . ابن شاس، جلال الدين، عقد الجواهر الثمينة(ت٦١٦هـــ)،٣م، ط١،تحقيق: محمد أبو الأجفان، عبد الحفيظ منصور، إشراف ومراجعة: محمد أبو خوجة، بكر أبو زيد، دار الغرب العربي،طبع على نفقة الملك فهد بن عبد العزيز، ١٩٩٥، ٨٢٣/٢ . ابن رشد، بداية المجتهد ٢٥٠/٢.

[2] . السرخسي، المبسوط ٢٦ / ١٩٠، مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٣٩) ٢٧٧/١.

[3] . الماوردي، الحاوي الكبير ٤٨٠/٦، ٣٧٦/٧.

[4] . ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام احمد ،١٦٣/٢، منار السبيل ٤١١/١. ابن قدامة ، المغني ٥٩٣/٥، ٥٩٤.

[5] . الدسوقي، حاشية الدسوقي ٥٠،٣٣٠/٥، ، ابن رشد، بداية المجتهد ٢ /٢٥٠ .

[6] . القرافي، الفروق ١١٣٠،١١٣١/٤.

[7] . الماوردي، الحاوي ٤٨٠/٦

[8] . ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٣٢٠/٤

[9] . ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٨٢٣/٢.

وبذلك خَرَج الإمام ابن القاسم عن منهج جمهور الفقهاء في تبعية الزرع للبذر، والإشارة إلى تصوير أخر للتبعية ، يمكن وصفها بتبعية تغليب الملكية ؛ فالزرع يتبع من اجتمع في ملكيته أكثر من شيء (كأرض ، بذر، عمل يد). وهذا يأتي انسجاما مع شرط المالكية القاضي بأن يتساوى الشريكان أو الشركاء في الأرض والبذر والعمل وآلة الزرع، وان يتفقا على إن يأخذ كل واحد من الربح بقدر ما أخرجه[١].

ومن الباحثين من قدم تفسيرا للحكم على أن الزرع ملك لصاحب البذر في المزارعة الفاسدة. بالقول: إن الزرع يملكه صاحب البذر سواء كان هو الزارع، أو صاحب البذر؛ لأن البذر هو الذي يكون المادة الأساسية للزرع وفي حالة كون البذر من الزارع لا يوجد للأرض حق في الزرع، وإنما تجب الأجرة لصاحب الأرض على العامل الزارع الذي استخدم أرضه في زراعة بذره.[٢]

ويمكن الرد على ذلك بالقول إن الزرع لم يكوّن من البذر فقط، وإنما تكون من مجموع منافع الأرض والبذر والماء وغيرها من عوامل مساعدة برعاية، وإشراف عنصر العمل، بحيث لو اختل أو تخلف واحد منها، لما وجد الزرع والثمر.

وقد رد الدكتور رفيق المصري على هذه الدعوى بالقول: تُرى لو قدم صاحب الأرض في المزارعة البذر مع أرضه، فهل يعقل أن تكون حصته على قدر بذره، أو على قدر أرضه وبذره معا؟ لا بد أن يكون الجواب هو الثاني. أليس هذا كافيا لرفض هذا المذهب؟فما يؤخذ عليه هو أن رب الأرض لا يستحق حصته في الناتج باعتبار بذره فقط، بل باعتبار أرضه وبذره، ولعل هؤلاء قد قبلوا الأرض تابعة للبذر، فيتساهل في التابع، ما لا يتساهل في المستقل .[٣]

والآراء الفقهية متماثلة في عقد المساقاة الفاسدة، فقد ذهب جمهور الفقهاء[٤] إلى جعل الثمرة لصاحب الشجر، وللشريك الأخر أجرة المثل. قياسا على الإجارة الفاسدة، أما المالكية ذهبوا إلى موافقة الجمهور في قول، إلا أن الراجح عندهم ما ذهب إليه ابن القاسم في أجرة المثل(أجرة ما عمل) أو مساقاة المثل (أن يدفع للعامل من الثمرة) .

واختلف المالكية في ضابط ذلك، جاء في مختصر خليل :(أجرة المثل: إن خرجا عنها كأن ازداد عينا أو عرضا وإلا فمساقاة المثل: كمساقاته مع ثمر أطعم أو مع بيع أو اشترط عمل...)[٥]

---

1. انظر القرافي ، الذخيرة ١٢٦/٦-١٢٧.
2. الصدر ، محمد باقر، اقتصادنا، ط٢٠، دار التعارف، بيروت،١٩٨٧م، ص ٥٩٠.
3. رفيق المصري،المشاركة في وسائل الإنتاج، ط١، دار المكتبي ، دمشق-سوريا . ١٩٩٩م .ص٧٤.
4. ، تبيين الحقائق ٤٤٥/٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣٣٠/٥، الماوردي ، الحاوي الكبير ٣٧٦/٧، ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام احمد ،١٦٣/٢،ابن ضويان، منار السبيل ٤١١/١.
5. خليل، ضياء الدين، مختصر الشيخ خليل في مذهب مالك بن أنس،(-٧٧٦ هـ)، دار الكتب العربية الكبرى،القاهرة ، ١٩١٤هـ، ٢٠٢/١.

وذهب ابن القاسم إلى الحكم بأجرة المثل؛ إذا خرجا فيها عن حكمها إلى الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمار قبل بدو الصلاح، وحكم بمساقاة المثل إذا لم يخرجا فيها عن حكمها وإنما عقداها على غرر، والفرق الدقيق بينهما ما ذكره ابن شاس: ما كان فيه أجرة المثل يفسخ العقد ويعطى للعامل أجرة المثل، وما كان فيه مساقاة المثل لا يفسخ العقد بل يمضي ويكون فيه مساقاة المثل.[1]

وجاء رأي الأستاذ الصدر في المساقاة الفاسدة منسجما مع نظريته الثبات في الملكية[2] قال: وفي عقد المساقاة إذا فقد العقد أحد شروطه أو مقوماته، فلا يكون له أثر من الناحية الشرعية ، وفي هذه الحالة يقرر النص الفقهي في حالة بطلان العقد تكون كلها لمالك الأشجار، وليس للعامل الا الأجرة المناسبة التي يطلق عليها اسم أجرة المثل جزاءً له على خدماته وجهوده التي بذلها في استثمار الأشجار.[3]

القول الثاني: ذهب المالكية في قول[4] الإمام ابن تيمية[5] وتلميذه الإمام ابن القيم[6]، والإمام ابن حزم الظاهري[7] إلى اشتراك العامل مع المالك في ملكية الزرع والثمرة عند فساد المزارعة والمساقاة، كما هو الحال في صحة المزارعة والمساقاة، بحيث لا يؤثر الفساد على ملكية الثمرة والزرع للشريكين .

واستدلوا بالأدلة التالية :

أولا: لا تجوز إباحة الأرض وما أخرجت للعامل بغير طيب نفس صاحب الأرض، قَالَ تَعَالَى: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[8] ولا يجوز إباحة بذر العامل وعمله لصاحب الأرض بغير طيب نفسه ذلك أيضا، فيردان إلى مثل حق كل واحد منهما مما أخرج الله تعالى منها [9].

ثانيا: يُستحق في الفاسد نظير ما يستحق من الصحيح، فإذا كان الواجب في البيع والإجارة الصحيحة ثمنا وأجرة، كان الواجب في الفاسد قسطا من الربح، وكذلك في المساقاة والمزارعة

---

[1] . ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٨٢٤/٢.

[2] . وقد ذهب الصدر في كتابه اقتصادنا إلى مراعاة مبدأ الثبات في الملكية : قال أن المادة التي يمارسها الإنسان المنتج إذا لم تكن مملوكة سابقاً فالثروة المنتجة كلها للإنسان ، وجميع القوى الأخرى المساهمة في الإنتاج تعتبر خادمة للإنسان وتتلقى المكافأة منه ، لا شريكة في الناتج على أساس مساهمتها في صف واحد مع الإنسان ، أما إذا كانت المادة المملوكة سابقا لفرد خاص فهي ملكه مهما طرأ عليها من تطوير طبقاً لظاهرة الثبات .محمد باقر الصدر، اقتصادنا ص ٥٩٤.

[3] . محمد باقر الصدر، اقتصادنا ص ٥٩١.

[4] . الشيخ خليل، مختصر خليل ٢٠٢/١.

[5] . مجموع الفتاوى ١٠٣/٢٩

[6] . ابن القيم ،محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،(تحقيق محمد غازي)، مطبعة المدني،القاهرة ،٣٦٤

[7] . ابن حزم ، المحلى ٤١،٤٢/٩

[8] . سورة النساء: آية ٢٩.

[9] .ابن حزم : المحلى ٤١،٤٢/٩.

وغيرهما.[1] لأن المزارعة أو المساقاة أو المضاربة إذا فسدت استحق العامل نصيب المثل، وهو ما جرت العادة في مثله لا أجرة المثل، وإذا كنا نقول في الغاصب: أن زرعه لرب الأرض وعليه النفقة فلأن نقول مثل ذلك في المزارعة الفاسدة **إن الزرع لرب الأرض** وإن كان البذر لغيره أولى [2]

قال الإمام ابن القيم: (الصحيح أن هذه المشاركات(المزارعة والمساقاة والمضاربة) إذا فسدت وجب فيها نصيب المثل لا أجرة المثل؛ فيجب من الربح والنماء في فاسدها نظير ما يجب في صحيحها، لا أجرة مقدرة؛ فإن لم يكن ربح ولا نماء لم يجب شيء).[3]

وقد بين الإمام ابن تيمية أصل نشأة الزرع حين قال: (الزرع يحصل بمنفعة الأرض المشتملة على التراب والماء والهواء ومنفعة بدن العامل والبقر والحديد).[4]

أن هذه المعاملة مشاركة، ليست مثل المؤاجرة المطلقة؛ فإن النماء الحادث يحصل من منفعة أصلين: منفعة العين التي لهذا؛ كبدنه وبقره، ومنفعة العين التي لهذا؛ كأرضه وشجره... وهنا منفعة بدن العامل وبدن بقره وحديده: هو مثل منفعة أرض المالك وشجره، ليس مقصود واحد منهما استيفاء منفعة الآخر، **وإنما مقصودهما جميعًا ما يتولد من اجتماع المنفعتين.** فإن حصل نماء اشتركا فيه. وإن لم يحصل نماء ذهب على كل منهما منفعته، فيشتركان في المغنم وفي المغرم.[5]

المناقشة والترجيح :

أميل إلى ترجيح القول الثاني؛ لأن الزرع والثمرة ينتجان من اجتماع الأصل الإنتاجي(الأرض والشجر) والعوامل الإنتاجية (البذر، والماء ، والسماد..) برعاية عنصر العمل، بحيث يحدد نصيب الشريكين في المزارعة الصحيحة، بقدر ما شارك في العملية الإنتاجية(المزارعة والمساقاة)، وهذا القول لا بد من تطبيقه عند فساد العقدين، دون إهمال أصل نشأة الزرع والبذر، ودون الرجوع إلى تحكيم عقد الإجارة، بفرض أجرة المثل، وقصور التبعية على نماء الزرع من البذر، ونماء الثمرة من الشجرة. وبعد النظر والتدقيق تبين أن تبعية المنشأ

---

[1] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٠ / ٣٥٦
[2] . ابن تيمية، الاختيارات الفقهية(المجلد الرابع ضمن الفتاوى الكبرى)،(تحقيق علي البعلي)، دار المعرفة ،بيروت، ٤٩٠/١.
[3] . ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،ص٣٦٤ .
[4] . مجموع الفتاوى ١٠٣/٢٩. قال ابن تيمية : والمساقاة والمزارعة والمضاربة ليست من أنواع الإجارة التي يشترط فيها تقدير العمل والأجرة فإن تلك يكون المقصود فيها العمل؛ وإنما هي من جنس المشاركة فإنهما يشتركان بمنفعة بدن هذا ومنفعة مال هذا وهما مشتركان في المغنم والمغرم، مجموع الفتاوى ١٢٢/٣٠.
[5] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٩٨/٢٩-٩٩.

تقضي بغير ذلك؛ وتُعَمّق النظر في أصل نشأة البذر والثمر، بتكاتف كافة العوامل الإنتاجية المحصلة لهما .

وقد نظر جمهور الفقهاء في تبعية الزرع والثمر إلى أقرب أصل تولد منه، وهو في عقد المزارعة البذر وفي عقد المساقاة الشجر؛ لأن الزرع والثمر نما وتولد منهما، ولم ينظروا إلى الأرض وعمل العامل بخبرته وآلاته وكافة ما استخدمه لإنتاج الثمرة على الوجه المطلوب، بذلك يعد النماء من الأصل والتولد عنه حقيقة أشد التوابع صلة بأصله وتعلقا بملكيته، هذا ما يمكن فهمه عند دراسة العلاقات بين الأصول والتوابع في المزارعة والمساقاة

ويمكن الرد على جمهور الفقهاء بأحاديث رافع بن خديج رضي الله عنه:

الحديث الأول: عن رافع بن خديج ، قال رسول الله ﷺ : " من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته " [1].

وجه الدلالة: الحكم بالزرع لمالك الأرض ، ولم يجعل لمالك البذر إلا قيمة البذر وما أنفقه على الزرع .

الحديث الثاني: عن رافع بن خديج قال : أن رسول الله ﷺ أتى بني حارثة فرأى زرعا في أرض ظهير فقال: ما أحسن زرع ظهير. فقالوا: ليس لظهير. قال: أليس أرض ظهير قالوا بلى ولكنه زرع فلان. قال: فخذوا زرعكم ، وردوا عليه النفقة . قال رافع : فأخذنا زرعنا ورددنا إليه النفقة. [2]

قال البيهقي: ظاهر هذه الأحاديث يدل على أن الزرع يتبع الأرض، وفقهاء الأمصار على أن الزرع يتبع البذر.[3]

كما استدل الإمام ابن القيم من الحديث بالقول: (فجعله زرعا لهم؛ لأنه تولد من منفعة أرضهم، فتولده في الأرض كتولد الجنين في بطن أمه... ولما كان البذر مالا متقوما رد على صاحبه قيمته، ولم يذهب عليه باطلا. وجعل الزرع لمن يكون في أرضه، كما يكون الولد لمن يكون في بطن أمه ورمكته وناقته).[4]

---

[1] . أخرجه أبو داود في سننه حديث رقم ٣٤٠٣، باب زرع الأرض بغير إذن صاحبها ٢٨٢/٢. أخرجه الترمذي حديث رقم ١٣٦٦، باب من زرع أرض قوم بغير إذنهم ، ٤١/٣. قال الترمذي : وهذا الحديث حسن غريب .

[2] .أخرجه أبو داود في سننه حديث رقم (٣٤٠١) ،كتاب البيوع ، باب: (المزارعة – التشديد في ذلك) ٢٧٠/٣، والنسائي في سننه حديث رقم:(٤٦١٦) كتاب:المزارعة ، باب : النهي عن كراء الارض..) ٩٥/٣. البيهقي في السنن حديث رقم: ١١٥٢٥، كتاب المزارعة ، باب: (باب من زرع في أرض غيره بغير إذنه أو بإذنه على سبيل المزارعة) ١٣٦/٦. قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن غريب ، لا نعرفه من حديث أبي إسحاق ، إلا من هذا الوجه ، من حديث شريك بن عبد الله. بشار عواد وآخرون، المسند الجامع ٥/ ٦٥٣.

[3] . البيهقي ، السنن الكبرى ١٣٦/٦.

[4] . ابن القيم ، تهذيب سنن أبي داود وإيضاح مشكلاته ٢ / ١٣٨.

وقد أشارت هذه الأحاديث بظاهرها إلى تبعية الزرع للأرض، وهنا لا بد من تقرير أمر بأن الأرض أقوى الأصول الإنتاجية وأبقاها[1]؛ وذلك لوجود عدة ميزات فيها، كونها أصل دائم تبقى عينه، ثابت لا يتحول ولا يتداول، ووعاء مهيأ للإنتاج بمجرد إلقاء البذر والزراعة.

وإن حق لنا القول بتبعية الثمرة لأصلها لكان حقا علينا أن نتبعها للأرض وليس البذر؛ إذ البذر أشبه بعمل العامل الذي يذهب، وكذلك البذر يذهب ويستهلك، وإن نمت الثمرة منه حقيقة ، كما نمت بالمقابل نتيجة جهد العامل وخدمته في سبيل ذلك .

قال الإمام ابن عاشور: (التكسب هو إيجاد ما يسد الحاجة، إما بعمل البدن، أو بالمراضاة مع الغير، وأصول التكسب ثلاثة: الأرض، والعمل، والضمان).[2] يلاحظ هنا مكانة الأرض، في عدها من الأصول التي يرجى منها تكسب الثمار والزرع .

وحقيقة البذر، والماء، والسماد، والأدوية وغيرها تكمن في وصفها عوامل أو وسائل إنتاجية ، تدخل في تكوين الزرع والثمار، في جوف الأرض التي تعد الأصل الثابت ويلحق بها الشجر، برعاية وعناية ليد العمل الممتدة في تحصيل المقصود، والمقصد العادل في ذلك إعطاء كل مشاركة قيمتها ووزنها .عند صحة العقد وفساده.

ويمكن الرد على القول بتبعية الزرع للبذر بالقول: أن تطوير المادة الخام قد يبلغ حدا عاليا، بحيث تضيع معالم المادة الأولى، وتكون قيمة العمل المضافة جوهرية، بحيث تتغير المعالم والمنافع، مما يشك معه بسلامة مبدأ بقاء المصنوع مملوكا لصاحب الخام. وهو ما ناقض الصدر نظريته في ثبات الملكية حين قال: أن البذر قد تلاشت في عملية الإنتاج، وان الناتج قد صار شيئا جديدا .[3]

أيضا لا يمكن قياس المزارعة والمساقاة على الإجارة بحال من الأحوال، وذلك لكونهما من عقود المشاركات أصالة ، كما أن العمل في المزارعة والمساقاة مقصود تبعا لا أصالة، والمقصود الأصلي للشريكين هو الزرع والثمرة، فكيف يمكن إهمال ما قصد أصالة والتوجه إلى بدله وهي الأجرة .

وقد رسم الإمام ابن تيمية منهجا فريدا للتبعية، فهو لم يحكم بالزرع لمالك البذر؛ لأنه

[1] . الأرض تحتل قيمة اقتصادية عالية ؛ لما تحويه من خصائص فريد وأصيلة ؛ منها ثبات مساحتها ، وانعدام نفقة الإنتاج مقارنة بالمال والعمل . مما دفع بعض الباحثين القول أن جميع المنتجات تعود في أصلها للأرض وأن الأرض عنصر إنتاج مستقلا بذاته . انظر صالح العلي عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي ص١٤١-١٤٤.

[2] . ابن عاشور، مقاصد الشريعة ص٤٦٢

[3] . انظر رفيق المصري ، المشاركة في وسائل الإنتاج ص ٨٠-٨١. ومن الحجج المنطقية التي أوردها الدكتور ليدعم رأيه القول أن رب المال في المضاربة ، لا يجوز له القرض الربوي ويجوز له القراض ، وهذا من شأنه توسيع ملكيته ، فكيف نسمح لرب المال النقدي بمد ملكيته ، ولا نسمح لرب المال الاستعمالي ، مع أنه أولى بذلك.ص ٨٥ المرجع نفسه .

لم ينظر إلى التولد الحقيقي والنماء من البذر فقط، وإنما نظر إلى ما يمكنني أن اصطلح عليه التولد السببي؛ وهو تولد الثمرة بسبب اشتراك أكثر من عامل وأكثر من أصل، وهذا الصواب الذي تقتضيه التبعية؛ لأن الثمرة بحكم التبعية تتنوع صورة تولدها، من تولد حقيقي من أصلها ، إلى تولد سببي؛ إذا دخل الأصل في عقود المشاركات كالمزارعة والمساقاة .

وما يلوح لي بعد التحقيق فيما سبق أن الزرع والثمرة هي توابع إنتاجية تولدت من أصول وعوامل إنتاجية، ملكها من ساهم في إخراجها، بقدر مشاركته، وعند فساد المزارعة والمساقاة ، يرجع إلى تحكيم قاعدة الأصالة والتبعية ضمن المعاملة نفسها؛ لأن الأصالة توصف في عقدي المزارعة والمساقاة؛ بالأصالة الإنتاجية، وكذلك التبعية تتوافق ما أصالتها لتوصف بالتبعية الإنتاجية، ولا يُرجع إلى أحكام الإجارة؛ لأن هذه القاعدة كفيلة بضبط حقوق الشركاء ، وتحقيق أصل النشأة، وإعمالا للعقود وتطبيقا لها على أصل حقيقتها، دون اللجوء إلى تقييم عقد الإجارة حاكما على نتائج إمضائها أو فسخها .

وتتميما للفائدة لا بد من بحث القسيم الثاني للمتولدات الحقيقة من أصولها، وهو ما تولد من الموارد الحيوانية، بشكل مختصر على النحو التالي:

رابعا: التوابع المتولدة من الموارد الحيوانية:

الموارد الحيوانية جزء من الموارد الطبيعية، وتعد مصدرا رئيسا للغذاء يعتمد عليها الإنسان في الحصول منها على غذائه، وشرابه ولباسه، وقد أشار القران الكريم إلى هذه الموارد جملة وتفصيلا، فذكر منافعها المختلفة التي يجنيها الإنسان من تسخيرها، وقد أصَّل مصدري التشريع الإسلامي؛ الكتاب العزيز والسنة الشريفة، للموارد الحيوانية، بذكره أنواعا متعددة لها؛ منها : الأنعام – بشتى أنواعها – والطيور، والخيل، والنحل، والذباب، وكل ناب من السباع ،كالضباع ، وكل ذي مخلب من الطيور، كالعقاب[1].

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَأَوْحَىٰ رَبُّكَ إِلَى ٱلنَّحْلِ أَنِ ٱتَّخِذِى مِنَ ٱلْجِبَالِ بُيُوتًا وَمِنَ ٱلشَّجَرِ وَمِمَّا يَعْرِشُونَ ﴿٦٨﴾ ثُمَّ كُلِى مِن كُلِّ ٱلثَّمَرَٰتِ فَٱسْلُكِى سُبُلَ رَبِّكِ ذُلُلًا يَخْرُجُ مِنۢ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَٰنُهُۥ فِيهِ شِفَآءٌ لِّلنَّاسِ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَةً لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٦٩﴾ ﴾[2] وجه الدلالة: أن الله تعالى أودع في بطون النحل العسل، وجعل فيه فوائد غذائية وشفائية عديدة، وهذا المتولد التابع من النحل مقصود للناس، وما يملك النحل ويُربّى الإ رجاء تحصيل عسله؛ فمن ملك النحل بوجه ما ملك العسل المتولد منه لأنه تابع له .

[1] . صالح العلي ، عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي ص ١٦٨– ١٦٩

[2] . سورة النحل آية ٦٨– ٦٩.

ويقصد بالإنعام الإبل والبقر والغنم والماعز...التي خصها الله سبحانه وتعالى بعلاقة خاصة بينها وبين الإنسان، للفوائد التي يجنيها الإنسان منها، ومماثلتها له في الخلق والغاية؛ لأنها تشترك معه في الماء، وما ينبت من نبات وأشجار، وفواكه، فهو ملك مشاع بينهما.[١]

ومما يؤكد أهمية الثروة الحيوانية أن الدول في عصرنا الحاضر قد قامت بإنشاء المزارع الملائمة ؛ لتربية السلالات الجيدة من الأنعام للتسمين والذبح ..، كما أقامت تلك الدول المصانع الخاصة لإنتاج الألبان واللحوم ... واهتمت الدول الإسلامية بتربية الماشية والأنعام، واحتلت المرتبة الأولى في العالم بعدد القطيع من الأغنام، والمرتبة الرابعة في العالم بعدد القطيع من الأبقار.[٢]

وذلك أن المادة في الاقتصاد الإسلامي تمثل أحد وجهي تحصيل المنافع للناس؛ لأن سد حاجة الناس وتوصلهم إلى منافعهم من وجهين هما: **المادة والكسب** ، فأما المادة فهي حادثة عن اقتناء أصول نامية بذواتها، وهي شيئان: نبت نامٍ ،وحيوان متناسل، وهي مأخوذة من قوله تعالى: ﴿ وَأَنَّهُۥ هُوَ أَغْنَىٰ وَأَقْنَىٰ ﴾[٣] أي أغنى خلقه بالمال، وأقنى؛ أي جعل لهم قنية وهي أصول الأموال، والاقتناء هو شراء الأصول بقصد تملكها وتكاثرها. وأما الكسب فيكون بالأفعال الموصلة إلى المادة والتصرف المؤدي إلى الحاجة، وذلك من وجهين:

أحدهما: تقلب التجارة . **والثاني** : تصرف في صناعة، وهذان هما فرعان لوجهي المادة.

فصارت أسباب المواد المألوفة ، وجهات والمكاسب المعروفة من أربعة أوجه: نماء زراعة ونتاج حيوان وربح تجارة وكسب صناعة .[٤]

ويعقد على المتولدات من الموارد الحيوانية أصالة وتبعية ؛ أصالة عندما تدخل الموارد الحيوانية في عقود مشاركات باعتبارها رأس مال أو حصة من رأس المال، بذلك يستحق مالكها حصة من الربح المتولد عنها ويسمى بالتابع العائد من أصله الإنتاجي(وهو المورد الحيواني) . ويعقد على المتولدات من الموارد الحيوانية تبعا، عند المعاوضة على تلك الموارد بعقد معاوضة؛ بيعا وشراء، فتقصد هذه المتولدات باعتبارها أوصافا مرغوبا فيها، ولها أحكام فقهية خاصة في مدة الخيار وعند حصول فساد في العقد يستدعي فسخه، ظهر فيها خلاف بين الفقهاء كما سيأتي لاحقا .

---

[1] . الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدين،٤م، مكتبة الصفا، القاهرة، ١٧٤٠/٣ –١٧٤٨.
[2] . صالح العلي ، عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي ص١٧١–١٧٢
[3] . سورة النجم : آية٤١.
[4] .انظر سامر قنطقجي، النموذج الرياضي للاقتصاد الإسلامي ص٨–٩.

الفرع الثاني: التولد الحكمي من الأصل الإنتاجي.

العقد الأول: المضاربة

أتناول في هذا الجانب من الدراسة عقد المضاربة، وذلك بتحقيق معنى التولد الحكمي من رأس المال، لغاية كشف موضع تبعية الربح لرأس المال، ولعل تفريق البعلي بين مصطلحي الكسب والنماء يجيب عما يدور في ذهن القارئ حول حقيقة المعنى المؤثر بين التولد الحقيقي والحكمي؛ قال البعلي: الكسب هو ما حصل بسبب العين وليس بعضا، والنماء؛ هو نفس الشيء الزائد من المبيع كلبن الماشية وأولادها[1] فالمتولد حقيقة من الأصل هو بعض من حقيقته، لكن المتولد حكما؛ هو نتيجة دوران الأصل وحركته بالتجارة وغيرها، وكلاهما تعد العملية الإنتاجية السبب في تولدهما .

وقد قاس الفقهاء تبعية الربح للمال على تبعية النماء للأصل؛ قال الإمام الزيلعي: إن الربح فرع المال؛ كالثمرة للشجر، وكالولد للحيوان[2] وقد سمّى الإمام الماوردي الشافعي (الربح) بالنماء المودع. [3] أي أن الربح مودع في أصل المال، والعمل هو من يخرجه من أصله .

المضاربة لغة: مشتقة من الضرب في الأرض؛ وهو السير في الأرض.[4]

والمضاربة اصطلاحا: عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر.[5] لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله، المضاربة لغة أهل العراق، والقراض لغة أهل الحجاز، والعامل فيهما يسمى مضاربا أو مقارضا.[6]

قيل إن المضارب أمين، وبالتصرف وكيل، وبالربح شريك، وبالفساد أجير، وبالخلاف غاصب، وباشتراط كل الربح له مستقرض، وباشتراطه لرب المال مستبضع[7] وهذا فيه إجمال بديع لحقيقة المضارب؛ وإن كان عليه بعض الاعتراضات .

كما ربط الدكتور القره داغي بين مصطلح المضاربة، وعموم الشركة حين قال: المضاربة : الشراكة بالمال والعمل والخبرة ، سواء كان العمل في التجارة حيث يطلق عليه المضاربة أو القراض في الغالب، أو العمل في السقي، فيسمى المساقاة أو في الزرع فيسمى المزارعة، أو في الصناعة فيسمى المصانعة، فهي تشمل كل جوانب التعاون بين المال والخبرة والعمل، كما أن

---

[1] . البعلي، المطلع على أبواب الفقه ٢٣٥/١.
[2] . الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٥٠.
[3] . الماوردي، الحاوي ٤٧٦/٦.
[4] . الجرجاني، التعريفات ١/ ٢٧٨.
[5] . الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥/ ٥١٤، ويراجع حول معاني المضاربة: الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢٨٠/٥، الشربيني،مغني المحتاج ٤٠٠/٢، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢١٤.
[6] . المطيعي، تكملة المجموع ١٠٠/١٥.
[7] . الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ،٥١٥/٥.

الشركة تعني الشراكة بالأموال فقط، أو بالأموال والعمل معًا، أو بالأبدان أو الوجاهة _ كما هو مفصل في كتب الفقه _ وبذلك تستوعب المضاربة والشركة كل أنواع التعاون الممكن بين الأموال، والأعمال والأبدان والوجاهة.[1]

يمثل عقد المضاربة شراكة بين عاملين من عوامل الإنتاج؛ هما المال والعمل، ويقصد من هذه الشراكة عائد الربح، الذي يتولد من أصل المال بسبب العمل بتعدد مجالاته وتطورها عبر العصور من بيع وشراء إلى استثمار وإنتاج وغيرها من صور التداول .

ويقسم الربح بين طرفي العقد بحسب ما يتفقان عليه من حصة شائعة معلومة، وفي حالة الخسارة يتكبدها مالك المال وبالمقابل العامل يخسر جهده المبذول في عملية المضاربة ولا يتحمل شيء من الخسارة المالية بوصفه أمينا الإ في حالة التعدي والتقصير .

وقد ثبتت مشروعية عقد المضاربة من الكتاب الكريم؛ قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾[2] المضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل،قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾[3]. وهذه الآية فيها طلب الحث والسعي في سبيل تحصيل الرزق بالعمل والتجارة .

ومن السنة النبوية؛ ما روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال: " كان سيدنا العباس بن عبد المطلب ﷺ إذا دفع المال مضاربة، اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجاز شرطه "[4] . حيث بعث رسول الله ﷺ والناس يتعاقدون المضاربة، فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك؛ والتقرير أحد وجوه السنة ، كما روي عن جماعة من الصحابة ﷺ أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة؛ منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان، وسيدنا علي، وعبد الله بن مسعود ﷺ[5]، والقياس: لأن

[1] . انظر: القره داغي، علي محيي الدين ، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ،دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢.
[2] .سورة المزمل : آية ٢٠.
[3] . سورة الجمعة آية ١٠.
[4] .أخرجه البيهقي في السنن رقم الحديث (١١٣٩١) كتاب القراض، باب: ١١١/٦، أخرجه الدار قطني في السنن، رقم الحديث (٣١٥) كتاب البيوع ،٧٨/٣. قال ابن حجر : وأما حكيم بن حزام فرواه البيهقي بسند قوي أنه كان يدفع المال مضاربة إلى أجل ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد ولا يبتاع به حيوانا ولا يحمله في بحر فإن فعل شيئا من ذلك فقد ضمن. ابن حجر ، التلخيص الحبير، تحقيق:عبد الله المدني، المدينة المنورة ، ٣ / ٥٨
[5] . ابن الملقن، خلاصة البدر المنير، حمدي السلفي،٢م، مكتبة الرشد، هـ١٤١٠ ،٢ /١٠٣ .الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٢٦. المطيعي، تكملة المجموع ١٥/ ٩٩.

الأثمان لا يتوصل إلى نمائها المقصود الإ بالعمل، فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها؛ كالنخل في المساقاة، وهي مشروعة للحاجة إليها.[١]

والربح المقصود في عقد المضاربة هو نماء رأس المال بالعمل، قال ابن تيمية: (المساقاة والمزارعة والمضاربة ونحوهن من المشاركات على نماء يحصل).[٢]

أما الخسارة فقد اتفق الفقهاء على أن الخسارة في عقد المضاربة على مالك المال، ولا شيء على المضارب ما لم يتعدى أو يقصر في عمله[٣]؛ لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بملك ربه، ولا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره.[٤]

وإذا أمعنا النظر في فقه الخسارة نجد أن رأس المال هو عمل مختزن فلما كانت المضاربة تنعقد باشتراك العمل الحي (عمل العامل) والعمل المختزن، اقتضى عند الخسارة أن يتحمل مالك رأس المال خسارته في عمله المختزن ، والعامل خسارة عمله الحي[٥]. وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال؛ لأن الربح تابع للمال، ورأس المال أصل له، ولا يعتبر التبع قبل حصول الأصل، فيكون صرف الهلاك إلى التابع أولى[٦].

فالعمل هو سبب حصول المضارب على الربح، وبالنتيجة فهو سبب تملك العامل نصيبه من الربح، أما مالك رأس المال فإنه يستحق نصيبه من الربح لتملكه رأس المال.[٧]

من العرض الفقهي السابق يتبين أن الربح التابع لأصل المال المملوك ضمن ملكية واحدة، قد انطبع بمستلزمات الشراكة الإنتاجية، التي تفرض تحولا على ماهية أصل المال ليصبح أصلاً إنتاجياً، والربح التابع كذلك، ليتسع من تبعيته لأصله إلى تبعيته للأصول والعوامل الإنتاجية المساهمة في تكوين التابع وتحصيله، وهما المال والعمل .

وعندما يعتلي المال منصة الأصالة بمساهمته الإنتاجية، يستحق في النظام الاقتصادي الإسلامي عائدا تابعا لمشاركته الفاعلة، وهو جوهر ما يتميز به عن الربا .

وإنما جعل رأس المال النقدي يشارك في العملية الإنتاجية بصورة تجعل لرأس المال، جزء من الربح المشروع إذا ربح وعليه جزء من خسارته إذا خسر (وهي المخاطرة)، وان رأس المال العيني الإنتاجي له الحق في حصوله على جزءاً من ناتج العملية الإنتاجية وهو الربح[١].

---

1 . الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٢٦. المطيعي، تكملة المجموع ١٥/ ٩٩.

2 . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٠٤

3 . انظر الكاساني، بدائع الصنائع ١٢٧/٦، ابن عبد البر ،الكافي في فقه المدينة ٣٨٥، ابن عسكر، إرشاد السالك ٢٠٤/١، الشافعي، الأم ١٠/٤، الماوردي، الحاوي ٣٠٩/٧، ابن ضويان ، منار السبيل ٤٠١/١.

4 . ابن قدامة ، المغني ١٤٧/٥.

5 . انظر محسن خليل ، في الفكر الاقتصادي العربي الإسلامي دراسة لمقولتي : العمل والملكية ، ط٢، وزارة الثقافة والإعلام ، بغداد ، ١٩٨٦، ص ١٩٩.

6 . انظر علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المحتار ٤٤٦/٢.

7 . باسم عبد الجميلي ، العمل في الاقتصاد الإسلامي ،ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٦. ص١٠٩

وقد ظهرت مسألة عند الفقهاء، تشير إلى النظر الفقهي الواضح في تبعية الربح للمال؛ وهي الزوائد العينية المتولدة من أصل المال ؛ كما لو اشترى العامل دواب فنتجت أو أشجارا فأثمرت، فهل يعد ذلك ربحا يضم إلى مال المضاربة، أو هو خاص بمالك المال باعتباره تابع لملكه؟ وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، ورواية للإمام مالك[٣]، والشافعية على القول الراجح[٤] والحنابلة على الرواية الراجحة[٥] إلى اعتبار الزوائد العينية ربحاً من مال المضاربة يملكه المالك، والمضارب بحسب الحصص المتفق عليها.

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية :

أولا: لأن ما يتولد من مال المضاربة، هي من فوائده؛ لحصولها بسبب شراء عامل المضاربة لأصلها [٦].

ثانيا: ذهب الإمام مالك إلى جواز المضاربة بغير التجارة؛ كالزراعة مقيدا ذلك بعدم المخاطرة بمال القراض في مواضع لا يرجى منها ربح[٧] .وكأنه يشترط في طبيعة العمل في غير أعمال التجارة ، أن يكون عملا مثمرا له أثره في الربح.

وقد انبرى الإمام ابن تيمية في إظهار توسع الإمام احمد بن حنبل في أعمال المضاربة، وإجازته كل عين تنمى بالعمل قال: يجوز عنده أن يدفع ما يصطاد به الصقر، والشباك، والبهائم، وغيرها إلى من يصطاد بها وما حصل بينهما.

ويجوز عنده أن يدفع الحنطة إلى من يطحنها وله الثلث، أو الربع وكذلك الدقيق إلى من يعجنه، والغزل إلى من ينسجه، والثياب إلى من يخيطها، بجزء في الجميع من النماء، وكذلك الجلود إلى من يحذوها نعالاً، وإن حكي عنه في ذلك خلاف، وكذلك يجوز عنده في أظهر الروايتين أن يدفع الماشية إلى من يعمل عليها بجزءٍ مِنْ درها ونِسلها، ويدفع دود القز والورق إلى من يطعمه ويخدمه وله جزء من القز.[٨]

---

1 . انظر الجميلي، العمل في الاقتصاد الإسلامي ص١٢٥.
2 . السرخسي، المبسوط ٧٢/٢٢، البحر الرائق ٢٦٤/٤.
3 . مالك بن انس، المدونة ٦٥٥/٣.
4 . النووي، روضة الطالبين ٢٠٠/٤، حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج ٨٦/٦.
5 . المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف٥ / ٣٣٠. ابن قدامة ، المغني ٥/ ٣٥٣.
6 . انظر النووي، روضة الطالبين ٢١٦/٤. الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٧. المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف٥ / ٣٣٠.
7 . مالك بن انس، المدونة ٦٥٥/٣.
8 . ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ٢٤٥/٢

القول الثاني: ذهب المالكية[1] والشافعية في قول[2] والحنابلة على رواية[3] إلى الحكم بالزوائد العينية لمالك المال؛ لأنها نماء ملكه وتابعة لماله .

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية :

أولا: لأنها ليست من فوائد التجارة؛ أي الحاصلة بتصرف العامل في مال التجارة بالبيع والشراء، بل هي ناشئة من عين المال من غير فعل من العامل[4].

ثانيا: كما احتج من قصر المضاربة على أعمال التجارة بالقول : أن المضاربة تقوم على العمل في المال؛ لاستثماره والاشتراك في ربحه؛ لذلك لا بد أن يكون العمل له ثمرة مادية من جنس رأس المال، حتى تعد زيادة وتنمية فيه ، وتعرف باسم الربح [5].

- **وسبب الخلاف بين الفقهاء في المسألة أمران هما:**

- **السبب الأول:** اختلافهم في النماء الحاصل في مال المضاربة ينظر فيه إلى السبب القريب أي البيع ؛لأن الربح لا يظهر الا بالبيع غالبا، أو ينظر فيه إلى السبب البعيد (الشراء)، وهو أصل التصرف باعتبار أن العامل تسبب في شراء ذي النماء .
- **السبب الثاني:** اختلافهم في تحديد عمل المضارب، وهل يرجع إلى اختلافه في تحديد العمل التجاري، وأعمال التجارة تختلف بسبب العرف. فمن قصر عمل التجارة على البيع والشراء فقط ، ذهب إلى أن عامل المضاربة ليس له أن يطلب الربح الا بالبيع والشراء فقط ، ومن ثم لا يسمى ربحا الا ما نما بالبيع ،وليس للعامل مشاركة رب المال فيما نما من عين المال ، وإنما غلة يفوز بها المالك . [6]

فالعامل في عقد المضاربة لا يتصور الا بذله الجهد في تحصيل الربح ، بحيث يتفانى في تحصيل الأرباح بأذكى الطرق ليكسب حصته من وراء تدوير المال، ولا شك أن شراء العامل في المضاربة للأعيان المالية التي يرجى نماؤها، فيه من الجهد والإدارة والخبرة الأثر الواضح.

بحيث يستحق العامل الربح في شركة المضاربة مقابل الجهد الذي يبذله في العملية الإنتاجية والذي له مكانة كبيرة في تكوين القيمة الجديدة للسلعة التي يجري العمل عليها والتي تضفي على المادة الأولية أو السلعة السابقة قيمة جديدة تزيد على قيمتها السابقة وهذه القيمة الجديدة التي

---

[1] . القرطبي، ابن رشد ، البيان والتحصيل (ت ٥٢٠هـ)، وضمنه المستخرجة من الاسمعة المعروفة بالعتيبية ، محمد العتبي القرطبي(٢٥٥هـ)، تحقيق : سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي ، ط١/١٩٨٤م ،ط٢/ ١٩٨٨م، بيروت – لبنان ٣٦٠/١٢.الباجي، المنتقى ١٦٥/٥ .ابن عبد البر، الاستذكار ١٧/٧،المواق، التاج والإكليل ٣٦٣/٥.

[2] . الرملي ، نهاية المحتاج ٢٢٤/٥.

[3] . المرداوي ، الإنصاف ٣٣٠/٥.

[4] . الهيتمي، تحفة المحتاج٥٢٠/٢-٥٢١.

[5] . انظر حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ص٤٧-٤٨.

[6] . انظر حسن خطاب، أسباب استحقاق الربح دراسة تطبيقية مقارنة بين أحكام الشركات في الفقه الإسلامي ، ط١، ايتراك للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص٤٩-٥٤

أسهم العمل بجزء كبير في تكوينها تعد المبرر الحقيقي في حصول العامل على الربح في شركة المضاربة[١].

وما يبدو لي رجحانه: رأي جمهور الفقهاء؛ لأن عقد المضاربة يقصد منه تحصيل الربح ؛ لوساطة عنصر العمل الذي يحتمل كافة وسائل الاستثمار والإنتاج والتجارة، ولا يقتصر فيه على البيع والشراء فقط، بشرط توجه العامل نحو كل ما يحقق الربح بدون تعريض مال المضاربة للخسارة والمخاطرة الكبيرة ، وهذا يأتي من دراسات الجدوى الاقتصادية للمشاريع المقصودة بالاستثمار، قال الإمام ابن قدامة: إن المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة [٢]، وبذلك يتسع مفهوم الربح ليشمل كل نماء ظهر في مال المضاربة؛ لأن رأس المال بمجرد العقد عليه مضاربة يتحول إلى عامل إنتاج أو عنصر إنتاج تُقصَد عوائده لمالك المال والمضارب. والله تعالى أعلم .

وقيل إن هذه المسألة تختلف بحسب الأزمان والأمصار، وليس فيها نص شرعي من كتاب، أو سنة، أو إجماع ؛ فالمرجع فيها يكون للعرف، والعرف الآن يقضي بضرورة التوسع في أعمال المضاربة تجاريا وصناعيا وزراعيا للوفاء بحاجات الناس المتعددة ولموائمة التطور الاقتصادي الملموس. [٣]

وقد اعتبر الفقهاء الأصالة في عقد المضاربة للمال، بحيث جاءت أحكامهم التفصيلية منسجمة مع هذا النظر، وجعلوا العمل في حكم التابع، وهو ما يظهر بجلاء عند حصول الفساد في عقد المضاربة. وهو ما سيبحث في الفقرة التالية :

ملك الربح في المضاربة الفاسدة

اتفق الفقهاء على أن حكم المضاربة الفاسدة الفسخ، وردّ المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل[٤].

وقد اختلفت أنظار الفقهاء في ربح مال المضاربة عند فسادها، هل يملكه مالك المال أم المضارب؟ ظهر الخلاف فيها على قولين هما:

---

[1] . باسم عبد الجميلي ، العمل في الاقتصاد الإسلامي ص١٥٩.

[2] . ابن قدامة ، المغني ٢٥٤/٥

[3] . حسن خطاب ، أسباب استحقاق الربح ص٥٤. حمود، سامي حسن، تطوير الأعمال المصرفية، مطبعة الشرق، عمان، ١٩٨٢م، ص٤١٧.

[4] . انظر السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢٤/٣، ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات ١١/٣،ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ٢٤٢/٢، ابن ضويان ، منار السبيل ٤١١/١، ابن قدامة ، المغني ٥٦٨/٥.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية في بعض حالات فساد المضاربة[2]،والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5] إلى أن الربح ملك لرب المال؛ لأنه نماء ماله ، وللعامل أجرة المثل.

واستدلوا بالأدلة التالية:

أولا: القياس على الإجارة الفاسدة؛ لأن المضاربة الصحيحة تنعقد شركة، والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة عند إيفاء العمل، لذلك يستحق العامل أجرة المثل .[6]

ثانيا : لأن الربح في المضاربة الفاسدة نماء المال ؛ فيتبعه في الملكية[7].

جاء في المغني : ولنا أن تسميه الربح من توابع المضاربة، أو ركن من أركانها؛ فإذا فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة، ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسدا، وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل؛ لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه، وذلك متعذر فتجب قيمته، وهو أجر مثله كما لو تبايعا بيعا فاسدا[8].

ولعل ما يسعفنا في فهم توجهات الفقهاء في المسألة، القاعدة الأصولية التي فرعوا عليها؛ وقد ذكرها الإمام القرافي قائلا: **ومنشأ الخلاف أمران** : أحدهما **أن المستثنيات من العقود إذا فسدت هل ترد إلى صحيح أنفسها، وهو الأصل كفاسد البيع أو إلى صحيح أصلها** ؛ لأن المستثنى إنما استثني لأجل مصلحته الشرعية المعتبرة في العقد الصحيح فإذا لم توجد تلك المصلحة بطل الاستثناء ، ولم يبق إلا الأصل فيرد إليه ، والشرع لم يستثن الفاسد فهو مبني على العدم ، وله أصل يرجع إليه ، وسر الفرق بينه وبين البيع، أن البيع ليس له أصل آخر يرجع إليه بخلاف القراض، **الأمر الثاني:** أن أسباب الفساد إذا تأكدت في القراض أو غيره بطلت حقيقة المستثنى بالكلية فتتعين الإجارة ، وإذا لم تتأكد اعتبرنا القراض.[9] ثم النظر بعد ذلك في المفسد هل متأكد

---

[1] . الزيلعي، تبيين الحقائق ٥١٩/٥.

[2] . الدردير، الشرح الكبير٥١٩/٣،، ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٨٢، ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ٢٤٠، القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق ١٥/٧.

[3] . الشربيني، مغني المحتاج ٢/٣١٥ ، الرملي، نهاية المحتاج١٣١/٥.

[4] . المرداوي، الإنصاف ٥/ ٣١٨، الشيرازي، ابراهيم بن علي،(٤٧٦هـ) المهذب في فقه الإمام الشافعي(وبذيل صحائفه : النظم المستعذب..) ط١، ضبطه وصححه : الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، ١/٣٨٥، ابن قدامة، المغني ٥/٦٥.

[5] . ابن حزم، علي بن احمد، المحلى بالآثار، دار الفكر، ٦٢/٩.

[6] . السرخسي، المبسوط ٣٨/٢٢، علاء الدين ابن عابدين ، تكلمة حاشية رد المحتار ٢/ ٤١٢ . الدردير، الشرح الكبير٥١٩/٣. ابن رشد، بداية المجتهد ٢٤٢/٢. ابن قدامة ، المغني ٥٦٨/٥.ابن حزم ، المحلى ٦٢/٩.

[7] . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٦ /٥٤ .

[8] . ابن قدامة ، المغني ١٨٨/٥

[9] . القرافي ،أنوار البروق في أنواع الفروق ٧ /١٥،١٦، انظر ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٧٩٨،٧٩٩/٢

أم لا ؟ هو تحقيق مناط ، وأما جعل الجميع في الربح ،فلرضاه في الربح ،وجعل الجميع في الذمة فلسقوط العقد [١].

وما تحدث عنه المالكية من الاستثناء، يعود إلى أن المضاربة في أصلها إجارة للعامل بعمله، الإ انه عندما كان شريكا لمالك المال في الربح، أطلقوا عليها شركة على خلاف الأصل، ويعد الحنفية أكثر تمسكا بهذا الرأي وتطبيقا لآثاره في فروعهم. قال الإمام السرخسي: العقد الفاسد لا يكون بنفسه سببا للاستحقاق وإنما يستوجب أجر المثل؛ لأنه عمل لرب المال وابتغى عن عمله عوضا فإذا لم يسلم له ذلك استحق أجر المثل كما في الإجارة الفاسدة ثم إن كان حصل الربح فله أجر مثله بالغا ما بلغ في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجاوز بأجر مثله ما سمي له [٢].

أما حالات الفساد التي توجب أجرة المثل عند المالكية، وهي الأكثر في المذهب ، ما ذكره الإمام ابن رشد في المقدمات الممهدات: (أنه يرد **إلى قراض مثله:** في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين، داخلة في المال ليست بخارجة منه، ولا منفصلة عنه، ولا خالصة لمشترطها ، **والى إجارة مثله:** في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه، خارجة عن المال وخالصة لمشترطها، وفي كل غرر وحرام تعاملا عليه خرجا به عن سنة القراض الجائزة ، وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك) .[٣]

القول الثاني: ذهب المالكية في بعض حالات فساد المضاربة[٤]، والإمام ابن تيمية[٥] وتلميذه الإمام ابن القيم[٦]، وأبو **جعفر**[٧]من فقهاء الحنابلة [٨]، إلى أن الربح يقسم بين مالك المال والعامل في المضاربة الفاسدة ، وجعلوا لذلك ضابطا مرنا هو العرف .

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

---

[1] . القرافي ، الذخيرة ٤٥/٦. قال القرافي : العقود الفاسدة من الأبواب المستثنيات كالقراض والمساقاة لما ترددت بين أصلها وأصل أصلها فإن أصل أصلها ،أصلها أيضا ، اختلف العلماء في أنها هل ترد إلى أصلها فيجب قراض المثل ، أو إلى أصل أصلها فيجب أجرة المثل ؟. أنوار البروق في أنواع الفروق ٢٠١/٤.

[2] . المبسوط ٣٨/٢٢. العامل في المضاربة يعتبر شريكا في الربح ، فهو من هذه الناحية شريك بلا ريب ، ولكن اشتراكه في الربح فقط دون الخسارة ، يجعله شبيها أيضا في بالأجير ، فهو أجير بحصة من الربح ، وهذا هو سر الخلاف بين الفقهاء حول المضاربة هل هي مستثناة من الإجارة ، جازت على خلاف القياس ،أم هي شركة حيث العامل يخسر عمله ، إذا لم تربح الشركة شيئا أو خسرت . رفيق المصري ، المشاركة في وسائل الإنتاج ص٢٣.

[3] . ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات ١٢/٣.وانظر ابن رشد ، بداية المجتهد ٢/ ٢٤٣، ابن عبد البر، الاستذكار ١٦/٧.

[4] . انظر ابن رشد، محمد بن احمد، المقدمات الممهدات،(تحقيق زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠١م، ١٤/٣. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٧٩٨،٧٩٩/٢، الدردير، الشرح الكبير٥١٩/٣،، ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٨٢

[5] . ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ٣٠ /٩١.

[6] . ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ٢ /٦

[7] . الإمام شيخ الحنبلية، أبو جعفر، عبد الخالق بن أبي موسى عيسى بن أحمد بن محمد بن عيسى بن أحمد بن موسى بن محمد بن إبراهيم بن عبد الله بن معبد ابن عم النبي – صلى الله عليه وسلم – العباس بن عبد المطلب، الهاشمي، العباسي، الحنبلي، البغدادي. مولده سنة إحدى عشرة وأربع مئة. وسمع أبا القاسم بن بشران، وأبا الحسين بن الحراني، وأبا محمد الخلال، وعدة. حدث عنه: أبو بكر الأنصاري وغيره، وهو أكبر تلامذة القاضي أبي يعلى. قال السمعاني: كان حسن الكلام في المناظرة، ورعا زاهدا، متقنا، عالما بأحكام القرآن والفرائض. الذهبي ، سير أعلام النبلاء ١٨/ ٥٤٦.

[8] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٠ /٩١، ابن قدامة ، المغني ٦٥/٥.ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام احمد ٢/ ١٥١.

أولا: الأثر الوارد عن عمر بن الخطاب ﷺ: «أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب ﷺ لقيا أبا موسى الأشعري بالبصرة منصرفهما من غزوة نهاوند، فتسلفا منه مالا وابتاعا به متاعا، وقدما المدينة فباعاه وربحا فيه، فأراد عمر ﷺ أخذ رأس المال والربح كله، فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا ؟! فقال رجل لأمير المؤمنين: لو جعلته قراضا. فقال : قد جعلته . وأخذ منهما نصف الربح» .[١]

وجه الاستدلال: أن الربح نماء حاصل من منفعة بدن هذا ومال هذا: فكان بينهما كسائر النماء الحادث من أصلين والحق لهما لا يعدوهما ولا وجه لتحريمه عليهما، ولا لتخصيص أحدهما به. [٢]

ثانيا: يستحق في الفاسد نظير ما يستحق من الصحيح، فإذا كان الواجب في البيع، والإجارة الصحيحة ثمنا وأجرة، كان الواجب في الفاسد قسطا من الربح، وكذلك في المساقاة والمزارعة وغيرهما.[٣]

ثالثا: القياس على عقد النكاح إذا فسد؛ فالربح بينهما على ما شرطاه؛ لأنه عقد لا يجوز أن يكون عوضه مجهولا فوجب المسمى في فاسده كالنكاح.[٤] وجه القياس أن المسمى لا يسقط بالنكاح الفاسد، فلا يسقط بالشركة الفاسدة ، بجامع أن كل منهما عقد يصح مع الجهالة[٥].

رابعا: قال ابن تيمية: حكم الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه، وصحة التصرف وفساده، وإنما يفترقان في الحل وفي مقدار الربح على أحد القولين. فظاهر مذهب أحمد الربح على ما اشترطا وعلى القول الآخر يكون الربح تبعا للمال ويكون للآخر أجرة المثل والأصح في هذا أن له ربح المثل والأقوال ثلاثة .[٦] وبذلك خرج الإمام ابن تيمية من تبعية الربح لأصله وهو المال إلى تبعية اشمل راعي فيه الشريكين، فقال ربح المثل ذلك يعني إقراره مالك المال في تبعية ربحه لماله، وتقريره تبعية الربح لسببها وهو العمل الذي قدمه العامل بخبرته ومهارته، فكان مستحقا هو أيضا لنسبة من الربح.

المناقشة والترجيح :

أولا: غلّط الإمام ابن تيمية منهج اعتبار أجرة المثل في المضاربة الفاسدة، قياسا على الإجارة الفاسدة، قال: ومما يبين غلط هذا القول أن العامل قد يعمل عشر سنين فلو أعطي أجرة المثل

---

[1] . البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير ٧/ ٢٢.
[2] . مجموع الفتاوى ابن تيمية ٣٠ /٨٧.
[3] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٠ / ٣٥٦.
[4] . ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٢ / ١٥١
[5] . ابن قدامة، المغني ١٢٨/٥.
[6]. ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٠ /٩١.

لأعطي أضعاف رأس المال وهو في الصحيحة لا يستحق إلا جزءا من الربح إن كان هناك ربح فكيف يستحق في الفاسدة أضعاف ما يستحقه في الصحيحة ؟.[1]

ثانيا: وعرض المالكية للحالات التي يُحكم فيها بقراض المثل، وهي سبعة:(القراض بالعروض، والقراض بالضمان، والقراض إلى أجل، والقراض المبهم، وإذا قال له: اعمل على أن لك في المال شركاء، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما، وإذا دفع إليه المال على أن لا يشتري به إلا بالدين، فاشترى بالنقد، أو على أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به)[2].

أما **الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل:** أن المستحق بقراض المثل متعلق بربح المال، وإن لم يكن في المال ربح فلا شيء للعامل، والمستحق بأجرة المثل متعلق بذمة رب المال، سواء كان في المال ربح أو لم يكن[3].

ثالثا: ما يبدو لي رجحانه القول الثاني؛ لأن المضاربة شركة أصالة بين مالك المال والعامل، يشترك فيها المال من طرف، والخبرة الإدارية والعملية من طرف؛ لإنتاج الربح المقصود لكليهما، ولا يصح بحال قياسه على الإجارة لا في الصحة ولا في الفساد؛ لأن مقصد العدل اشتراك الطرفين في المغنم والمغرم، سواء كانت المضاربة صحيحة أم فاسدة، ذلك أن الصحة والفساد يتعلقان باستمرارها، أو إنهائها وبالحل والحرمة، أما الربح فمن الشرع بيان حكمه. ذلك يعني أن مالك المال يستحق ربحه كونه متولد من ماله، والعامل يستحق ربحه كونه سببا في تولد المال.وبناء على ذلك تكون تبعية الربح للمال على وجهين، هما :

- ✓ **الوجه الأول: تبعية المنشأ:** ذلك أن المالك استحق الربح، لنمائه وتولده من رأس ماله، حيث نشأ من أصله بالتولد الحكمي.
- ✓ **الوجه الثاني: تبعية السبب:** ذلك أن المضارب استحق الربح؛ لكونه سببا في نمائه وتولده من أصله، بخبرته ومهارته في تحريك المال والتجارة به. والله تعالى أعلم بالصواب.

ومما يقرر تبعية الربح لأصل المال في عقد المضاربة، ما ذهب إليه الفقهاء في كون الربح درع حماية لأصل المال عند وقوع الخسارة، فليس للمضارب ربح حتى يستوفى

[1]. ابن تيمية، مجموع الفتاوى٢٠/ ٥٠٩
[2]. ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٤٣
[3].ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٧٩٨/٢، ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات ٣/١٤.

رأس المال، فما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح؛ لأنه تبع، فيجبر الأصل من تابعه.[1]

العقد الثاني: الشركة

وردت عدة تعريفات للشركة عند الفقهاء بناء على تنوع صورها[2]، وأهمها **شركة العقد:** وهي اتفاق اثنين، أو أكثر على خلط ماليهما، أو عمليهما، أو التزامهما في الذمة، بقصد الاسترباح. [3]

وقد ثبتت مشروعية الشركة في الكتاب والسنة النبوية والإجماع :

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ۗ وَظَنَّ دَاوُۥدُ أَنَّمَا فَتَنَّٰهُ فَٱسْتَغْفَرَ رَبَّهُۥ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ۩ ﴾[4] وجه الدلالة : الخلطاء هم الشركاء وقد بين الله جلت قدرته أن أغلب الشركاء يتعاطون الظلم بينهم ،الإ عباد الله المؤمنين الصالحين ، وفي هذا مطلق الدلالة على جواز الشركة الخالية من الظلم .

ومن السنة النبوية ، ما رواه أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال :

(إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا).[5]

وجه الدلالة: دل الحديث على استحباب الشركة؛ فإن البركة منصبة من الله تعالى فيها بخلاف ما إذا كان منفردا؛ لأن كل واحد من الشريكين، يسعى في غبطة صاحبه، وأن الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه المسلم.[6]

أما الإجماع[7] فقال الإمام ابن قدامة: وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة.[8]

ويتوجه مقصود الدراسة إلى بحث الربح في شركتي الأموال والوجوه؛ باعتبار الربح المحصل فيهما هو نوع من توابع الأموال المقصودة في الدراسة، ولعل ما سبق من تأصيلٍ لتولد

---

[1] . انظر حاشية ابن عابدين ٦٥٦/٥ ،الخرشي، حاشية الخرشي على خليل ٢١٦/٦،الشربيني، مغني المحتاج ٣١٨/٢،المرداوي، الإنصاف ٤٤٥/٥.

[2] . تعريف الشركة عند الحنفية: أن يملك اثنان عينا إرثا أو شراء.المالكية قال ابن عرفة : تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكا فقط.وعرفها الشافعية: ثبوت الحق في شيء لأثنين فأكثر على جهة الشيوع.وقال الحنابلة: عبارة عن اجتماع في استحقاق أو تصرف. الحصفكي، الدر المختار ٢٩٩/٤، الزيلعي، تبيين الحقائق ٣١٣/٣،ابن نجيم، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر٥٤٣/٢، النفراوي، الفواكه الدواني ١١٩/٢،الشربيني، الإقناع ٣١٦/٢، الشربيني، مغني المحتاج ٢١١/٢،المرداوي، الإنصاف ٤٠٧/٥، ابن مفلح، المبدع ٣/٥،ابن قدامة، المغني٣/٥ .

[3] . هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية ص٢٣٣.

[4] . سورة ص أية ٢٤.

[5] . أخرجه أبو داود في سننه رقم الحديث ٣٣٨٥، كتاب البيوع، باب في الشركة، ٢٦٤/٣.والبيهقي في السنن الكبرى رقم الحديث(١١٢٠٦)، كتاب الشركة، باب الأمانة في الشركة ..، ٧٨/٦، قال ابن الملقن: هذا الحديث جيد الإسناد . ورواه الحاكم أيضا في «مستدركه» ثم قال: حديث صحيح الإسناد. وخالف ابن القطان فأعله بوالد [أبي] حيان وقال: لا يعرف له حال، ولا يعرف روى عنه غير ابنه. وتابعه على ذلك الذهبي في «الميزان» فقال: لا يكاد يعرف. البدر المنير في تخريج الأحاديث ٦ /٧٢١.

[6] . العظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود،١٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ ، ٧/ ٣٦٨.

[7] . السرخسي، المبسوط ٣٦٩/٢، السمرقندي، تحفة الفقهاء ٦/٣. الحطاب، مواهب الجليل ٧١/٧، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٢،ابن قدامة، المغني ٥ /١٠٩. مجموع الفتاوى ٧٤/٣٠.

[8] . ابن قدامة، المغني ٥ /١٠٩.

الربح من رأس المال والعمل في عقد المضاربة يصلح البناء عليه في الشركة ، باعتبار المضاربة من جنس المشاركات .

أولا: الربح في شركة الأموال:

يراد به كل زيادة تحدث في المال المشترك سواءً كانت الزيادة حاصلة عن تصرف الشركاء بالبيع والشراء أم كانت حاصلة بنماء المال بذاته ، كما في نماء عروض الشركة بزيادة أسعارها وبدون بيع، أو ما ينتج عنها من نتاج كما لو كان في المال دواب فنتجت أو كبرت أو سمنت. فكل زيادة أو نماء يحدث في مال الشركة يعد ربحاً، وهو بهذا المعنى يشمل الربح والغلة والنتاج معا .[١] ونقل الإمام ابن رشد الحفيد إجماع الفقهاء في تبعية الربح للمال قائلا: فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعا لرؤوس الأموال أعني إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين.[٢]

وقد ذهب عامة الفقهاء[٣] إلى أن الملك، سبب يُستحق به الربح في شركة الأموال، فما يملكه كل شريك من رأس مال الشركة يستحق به حصة من الربح عند وجوده، والعلة في استحقاق المالك لربح ملكه نماء وزيادة في المال، والمال مملوك للشركاء، ونماء المملوك يكون مملوكا لمالك أصله، عملا بالأصل في تبعية النماء للملك فكان الربح خالصا للشركاء بسبب الملك[٤].ومن الباحثين من عارض هذا التوجه قائلا: أن سبب استحقاق مالك المال للربح ليس بسبب نماء المال، وإنما بالاتفاق الجاري بين مالك المال والعامل فيه؛ أي أن السبب هو وجود عقد الشركة بين الطرفين[٥] ولكنه تعثر بحالة استحقاق مالك المال لكامل الربح إذا فسدت المضاربة، مجتازا لهذه الإشكالية بالقول: إن العامل عند فساد المضاربة، ينقلب إلى وكيل، باعتبار أن يده يد أمانة. وأن عمل الوكيل يرجع إلى الأصيل، فيكون الربح في هذه الحالة راجعا لمالك المال، ويكون العامل أجيرا يستحق في مقابل عمله بدل أجر المثل[٦] .

ويمكن الرد على الدكتور سامي حمود، بالقول: إن الفقهاء راعوا جانب العمل بالشركة خاصة الحنفية والحنابلة الذين ذهبوا إلى جواز تفاضل الربح بين الشركاء، وإن كان رأس المال بينهم متساويا.

---

[1] . خطاب ، أسباب استحقاق الربح ص٤٧.
والربح لا يستحق الإ بثلاثة أسباب هي المال أو العمل أو الضمان جاء في بدائع الصنائع: والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان ، أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر ؛ لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ، ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة وأما بالعمل ، فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك . الكاساني، بدائع الصنائع ١٠٩/٦.

[2] . ابن رشد ، بداية المجتهد ٢ / ٢٥٣

[3] . الكاساني، بدائع الصنائع ١٠٨/٦، ابن عابدين، رد المحتار ٥٠٨/٤، ابن رشد، بداية المجتهد ٣٢٤/٢، الماوردي، الحاوي الكبير ١٦٠/٨،المرداوي، الإنصاف ٤٠٨/٥، ابن قدامة، المغني ٣١/٥.

[4] . د. حسن خطاب ، أسباب استحقاق الربح ص٧٤.

[5] . د. سامي حمود ، تطوير الأعمال المصرفية ،٢٧٥-٢٧٦.

[6] . المرجع السابق ص٢٧٨.

هذا وقد اختلفت نظرة الفقهاء في استحقاق عنصر العمل للربح عندما تتساوى رؤوس الأموال المقدمة من الشركاء، ويتباين العمل فيما بينهم في شركة الأموال، على قولين هما:

القول الأول: يرى الحنفية[1] والحنابلة [2]جواز تفاضل الشركاء بالربح في شركة الأموال، وإن تساوت رؤوس أموالهم ، وذلك لاعتبار عنصر العمل في استحقاق الربح إلى جانب ملك المال ، فمن عمل من الشركاء استحق نصيبا من الربح زائداً على حصة الشريك الأخر الذي اكتفى بتقديم المال في الشركة . جاء في الاختيار: شركة العنان تصح مع التفاضل في المال، وتصح مع التفاضل في المال والتساوي في الربح، إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل، وإذا تساويا في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضيعة ؛ فالربح على ما شرط ،والوضيعة على قدر المالين[3].

واستدلوا على ذلك:

- **أولا:** قياس الشركة على المضاربة ؛ بجامع أن العمل يستحق به الربح في كليهما .[4]
- **ثانيا** : أن العمل والمال كلاهما سببان يستحق بهما الربح منفردين فكذلك مجتمعين؛ لأن العمل مما يستحق به الربح، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما؛ كالمضاربين لرجل واحد؛ وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر، وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمل، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا، ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفردا فكذلك إذا اجتمعا .[5]

القول الثاني : ذهب المالكية[6] والشافعية[7] والظاهرية[8] إلى أن الربح لا يستحق الإ بملك المال، ولا يجوز تفاضل الشركاء بالربح إن تساوت حصصهم بالمال، وإنما يستحق الربح بقدر رأس المال .

وهذا الاتجاه يُبرز بجلاء قاعدة تبعية الربح للمال، وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

---

1 . السرخسي،المبسوط ٣٧٣/١٣. الكاساني ، بدائع الصنائع ٦٢/٦.
2 . ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٢٧٠/٤. ابن قدامة، المغني ١٤٠/٥.
3 . الموصلي، الاختيار لتعليل المختار ١/ ٢٧
4 . انظر ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ٥٠٤/٤، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٢٧٠/٤.
5 . انظر ابن قدامة ، المغني ١٤٠/٥ .
6 . الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٣٥٤.
7 . الماوردي، الحاوي الكبير ٤٧٦/٦.
8 . ابن حزم، المحلى ١٢٥/٨.

- **أولا:** القياس على الوضيعة وعلى مطلق النماء؛ وذلك فيما يلي:
  - القياس على الخسران: أن الربح أحد موجبي العقد فوجب إذا كان شرطه مخالفا لمطلقه أن يبطل العقد كالخسران .
  - والقياس على مطلق النماء: لأنه نماء مال مودع فوجب أن يكون مقسطا على تفاضل المال كالماشية والثمرة [١] .
- **ثانيا :** قياس الربح على منفعة العقار. قال ابن رشد الحفيد: وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءا من الخسران لم يجز، كذلك إذا اشترط جزءا من الربح خارجا عن ماله، وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة.[٢]

المناقشة والترجيح :

يعود السبب الرئيس في اختلاف الفقهاء في مسألة تبعية الربح للمال في الشركة، إلى فقه عنصر العمل في الشركة، فالحنفية والحنابلة جعلوا العمل أصلا بذاته ينازع أصل المال في استحقاق الربح، أما المالكية والشافعية والظاهرية يرون أن العمل تابع للمال، وبذلك ينفرد عندهم المال بالأصالة ليستتبع الربح بكامله .

هذا ما أشار إليه الإمام ابن رشد الحفيد: (العمل عند مالك تابع للمال ، فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالاهما متساويين التفاتا إلى العمل)[٣].

كما أشار الإمام البهوتي إلى أصالة العمل وتبعية رأس المال له، بجعل العمل سببا، والربح نتيجته، حين قال :(ولا يشترط للشركة خلط أموالها ولا أن تكون بأيدي الشركاء؛ لأنها عقد على التصرف كالوكالة، ولذلك صحت على جنسين؛ ولأن مورد العقد العمل وبإعلام الربح بعلم العمل، والربح نتيجته، أي: العمل؛ لأنه سببه والمال تبع للعمل فلم يشترط خلطه).[٤]

لذلك أميل إلى ترجيح رأي الحنفية والحنابلة؛ لأن رأس المال الذي تنعقد عليه شركة الأموال، تتحول أصالته إلى أصالة إنتاجية بوصفه عنصر إنتاج إلى جانب عنصر العمل، الذي يعد السبب المعنوي لتوليد الربح من أصل المال، لذلك تعتبر تبعية الربح موافقة لأصالتها الإنتاجية ؛ أقصد

---

[1] . الماوردي ، الحاوي الكبير ٤٧٦/٦

[2] . ابن رشد ، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣

[3] . انظر ابن رشد ، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٤،٢٥٣.

[4] . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٣٥/٦

بذلك أن الربح يتبع المال والعمل، لتحقيق مقصد العدل الذي جاءت الشريعة الإسلامية بمنهجها القويم لتقريره في جل معاملاتها .والله تعالى أعلم بالصواب

كما خلُصَت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية في نتائج الشركة في الأرباح والخسائر، أذكر منها ما يلي: أولا: الأصل أن تكون نسبة الربح متوافقة مع نسبة الحصة في رأس المال ولأطراف الشركة الاتفاق على نسبة مختلفة عنها ، على الإ تكون النسبة الزائدة عن الحصة لمن اشترط عدم العمل. أما من لم يشترط عدم العمل فله اشتراط الزيادة ولو لم يعمل .

وجعلوا المستند الشرعي في ذلك:

أولا : أن الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل أو بالضمان فإذا تحقق احد الأسباب الثلاثة فلا مانع من الاتفاق على نسبة الربح حسب تراضي الشركاء .

ثانيا : ما روي في الأثر عن علي ﷺ: **الربح على ما يصطلح عليه الشركاء، والخسارة على قدر المال**[١]؛ ولأن تحميل خسارة نصيب أحد من الطرفين للأخر شرط باطل، لأنه ظلم له وأكل للمال بغير حق [٢]

ثانيا: الربح في شركة الوجوه.

ويراد بالربح في شركة الوجوه التي تقوم على الضمان، ذلك القدر الزائد، أو الفائض عن بيع ما تم شراؤه بالنسيئة، وهو بهذا المعنى اخص من معنى الربح الاصطلاحي، الذي يشمل القدر الزائد من ثمن المبيع التجاري عن ثمنه الأول، سواءً أكان بالنقد، أم بالنسيئة [٣].

وبالتالي ليس لشركة الوجوه راس مال نقدي؛ لأن محل المشاركة فيها هو الالتزام في الذمة أي الضمان المبني غالبا على الوجاهة (السمعة المتميزة) وهو ضمان الشركاء أداء الديون الناشئة عن الشراء بالأجل بصفتها ذمماً على الشركاء. ويجب الاتفاق على النسبة التي يتحملها كل شريك من ضمان أداء الديون.[٤]

ويتم توزيع الربح بحسب الاتفاق، أما الخسارة فيتم تحميلها بحسب النسب التي التزم كل شريك بضمانها من ثمن الموجودات المشتراة بالأجل. ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الربح لأحد الطرفين .[٥]

---

[1] . لم أجده مرويا عن علي ﷺ وإنما عن إبراهيم والشعبي في الشريكين قالا : الشركة على ما اصطلحا عليه والوضيعة على المال . أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب البيوع والأقضية، من قال الربح على ما اصطلحا ... ٣/٥.

[2] . هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية ٢٠٠٣م، المعيار رقم (١٢) الشركة والشركات الحديثة ، ص٢١٠.

[3] . انظر د. حسن خطاب . أسباب استحقاق الربح في الشركات ص٤٧ .

[4] . لجنة المعايير المحاسبية، المعيار الشرعي رقم (١٣) شركة الوجوه (الذمم)٣ /٢/٢

[5] . لجنة المعايير المحاسبية ،المعيار الشرعي رقم (١٣) شركة الوجوه (الذمم) ٣/٢/٣

وأما تعليل الربح بالشرط والخسارة بقدر الملك فقيل فيها : لأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار وأبصر بالتجارة من الآخر، فكان على ما شرطا كشركة العنان.

والضمان لا يتصور وجوده أصلاً مستقلاً يستحق الربح منفردا، بل لا يأتي الإ تابعا، وهو في شركة الوجوه تابع لملك المال، فقد ذهب الفقهاء القائلون بمشروعية شركة الوجوه إلى أن الملك فيها سبب يستحق به الربح، عملا بالأصل في تبعية النماء للملك، وأن الضمان وإن كان هو الأساس الذي يستحق به الربح ، في شركة الوجوه فذلك باعتبار انه الذي يوجد من الشركاء حال العقد، وهو مرتبط برأس المال فهو مرتبط بالمال، فإذا ما تم بيع المُشترى وظهر الربح فيكون سبب الاستحقاق وهو الملك قد تحقق ؛ لأن الأصل في الربح أنه تابع للملك ، فكل جزء بإزاء جزء من المال، فكان الربح بذلك تابعا في استحقاقه للملك[1].

وتباينت نظرة الفقهاء في تبعية الربح لملك المال في شركة الوجوه ، على قولين هما:

القول الأول : ذهب الحنفية[2]وبعض الحنابلة[3] إلى تبعية الربح لملك المال، في شركة الوجوه إلى حد منع أي زيادة في الربح على قدر الملك وإن كانت مقابل العمل.

بحيث يمثّل أصحاب هذا القول ، مبدأ تبعية الربح لملك المال ؛ بحيث يتقدم رأس المال في الأصالة على عنصر العمل في استتباع الربح له .

قال الإمام ابن قدامة : (... والربح بينهما على ما اشترطاه وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى، ولنا أنهما شريكان في المال ، فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في الملك، كشركتي العنان والوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى؛ لأنه رأس مال).[4]

واستدلوا على ذلك بالقول: أن الربح يستحق في هذه الشركة بالضمان، لا بالمال والعمل، والضمان على قدر الحصة، فيكون الربح كذلك، إذ لو شرط زيادة الربح فإنه يشترط من غير عمل ومال وضمان، وهذا لا يجوز[5]. وأن الضمان لا تفاضل فيه، فكان الربح على قدر الضمان، لأن الربح الزائد على قدره يكون ربح ما لم يضمن، وربح ما لم يضمن منهي عنه ولا يحل. [6]

والخسارة على قدر الملك، فمن له فيه الثلثان فعليه ثلثا الوضيعة ومن له الثلث عليه ثلثها، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لا؛ لأن الوضيعة نقص رأس المال، وهو مختص بملاكه، فيوزع بينهم على قدر الحصص. ومبناها على الوكالة والكفالة، وحكمها فيما يجوز لكل منهما، أو يمنع منه كشركة العنان. ابن ضويان، منار السبيل ١/ ٤٠٥.

[1] . انظر السمرقندي، تحفة الفقهاء ١١/٣. الحصفكي، الدر المختار ٥١٧/٤، الكرمي ، مرعي بن يوسف، دليل الطالب لنيل المطالب، ط١،(تحقيق نظر الفاريابي)، دار طيبة، الرياض،٢٠٠٤م، ١/ ١٥٧. ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٤/ ٣٠٠،البهوتي،منصور بن يونس، الروض المربع،(تحقيق سعيد اللحام)، دار الفكر، بيروت، ١/ ٢٦٢ ، د. حسن خطاب . أسباب استحقاق الربح في الشركات ص٩٠

[2] . السرخسي، المبسوط ١٥٤/١١، الحصفكي ، الدر المختار ٤/ ٥١٧.

[3] . ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٤/ ٣٠٠، ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام ٢/ ١٤٦.

[4] . ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام ٢/ ١٤٦

[5] . السمرقندي ، تحفة الفقهاء ١١/٣

[6] .السمرقندي ، تحفة الفقهاء ٣/ ١٠، الحصفكي ، الدر المختار ٤/ ٥١٧، الفتاوى الهندية ٢/ ٣٢٧.

القول الثاني: ذهب أكثر الحنابلة[1] إلى جعل الربح في شركة الوجوه، على ما يشترطه المتعاقدان، اعتبارا لعنصر العمل المبذول في هذه الشركة، ولا أثر للضمان في توزيع الربح بين الشركاء .

جاء في الإنصاف:(والربح على ما شرطاه؛ هذا المذهب نُصّ عليه، وعليه جماهير الأصحاب وجزم به الوجيز، وغيره وقدمه في المغنى والشرح والفروع وغيرهم).[2]

واستدلوا على ذلك بالقول: إنها شركة فيها عمل، فجاز ما اتفقا عليه في الربح؛ كسائر الشركات ؛ ولأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار وأبصر بالتجارة من الآخر؛ ولأنها منعقدة على عمل وغيره ، فكان ربحها على ما شرط كشركة العنان.[3]

الخلاصة والترجيح: الضمان عامل إنتاج تابع لملك المال؛ لأن الضمان التزام في الذمة، وهذا الالتزام ينعقد على الأصل وهو المال، وبالتالي فإن الربح نشأ عن أصل المال إلى جانب العمل على حد سواء، فيقسم الربح بين الشركاء بحسب الاشتراط؛ وذلك تحقيقا لتبعية الربح الإنتاجية المتوافقة مع الأصالة الإنتاجية للمال التي اكتسبتها من ثمار الشراكة، وذلك إعمالا لمبدأ الشروط العقدية و مبدأ سلطان الإرادة كما ذهب إلى ذلك الحنابلة؛ لأن الاجتهاد الحنبلي اثبت للقاطفين من ثمار بساتينهم سعة الأفق الفسيح في فقه العقود والشروط، وذلك لعمق إطلاع إمامهم وتمكنه من السنة والآثار[4]، وانطلاقا مما سطره الإمام ابن تيمية
كعادته من قواعد نورانية حين قال:(فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين. وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد[5]؛ لأن الله قال في كتابه العزيز ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[6]. والله تعالى أعلم بالصواب

ثالثا: ملك الربح في الشركات الفاسدة:

والشركة الفاسدة: هي التي لم تتوافر فيها إحدى شرائط الصحة ؛ كأهلية التوكيل والتوكل ، وقابلية المحل للوكالة، وكون الربح بين الشريكين بنسبة معلومة [1] .

---

[1] . ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٤٠، البهوتي ، الروض المربع، ١/ ٢٦٢ ،الكرمي، مرعي بن يوسف،دليل الطالب لنيل المطالب،١م، (تحقيق سلطان العيد)، الرسالة، بيروت، ١٩٩٦م,ج ١/ص١٥٧. ابن تيمية الحراني،عبد السلام بن عبدالله، المحرر في الفقه،ط٢، دار المعارف، الرياض، ١٩٨٤م، ١/ ٣٥٣. وانظرالشوكاني ،محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط١ ،٤م، (تحقيق محمود زيد)، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٠٥هـ،٣/ ٢٤٨.
[2] . المرداوي ،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٥/ ٣٣٩
[3] . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٦/ ١٠٨.
[4] . انظر مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ٥٥٨/١.
[5] . ابن تيمية ، مجموع الفتاوى١٥٥/٢٩.
[6] . سورة النساء: آية ٢٩.

وما يهم إيراده ما اشترطه الفقهاء في حل الربح ،، وهما شرطان[٢] :

- **الشرط الأول** : أن يكون لاستحقاقه سبب مشروع ، والربح لا يستحق عند جمهور الفقهاء الإ بأحد الأسباب الثلاثة : المال أو العمل أو الضمان .
- **الشرط الثاني** : أن يكون تصرف العامل في المال صحيحا .

فإذا كان تصرف العامل مشروعا في أعمال الشركة من بيع وشراء وكافة التصرفات المشروعة للوصول إلى الربح ،فإن الربح الناتج عنه مشروع ، وإذا كان التصرف غير مشروع ، كبيوع الربا والاضطرار والاحتكار وغيرها كان الربح غير حلال لتمكن الخبث فيه، أي الحرام فهو أكل المال بالباطل .

وعندما يحل الربح للشركاء اشترط الحنفية والحنابلة ثلاثة شروط رئيسة لتوزيعه ، وهي :

- **الشرط الأول:** أن يكون الربح معلوما للشركاء عند العقد ، منعا للمنازعة .
- **الشرط الثاني:** أن يكون جزءا شائعا في الجملة كالنصف أو الثلث .
- **الشرط الثالث:** أن يكون الربح مشتركا بين الشركاء ،دون حصره بأحد الشركاء ، حتى لا يتحول إلى قرض.[٣]

وعند حصول فساد في شركة الأموال، اختلفت نظرة الفقهاء، في تبعية الربح للمال، ويمكن إجمالها في أربعة أقوال؛ هي:

القول الأول: ذهب المالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة على الرواية الراجحة[٦]، والظاهرية[٧] إلى أن الربح يتبع المال عند فساد الشركة، فيستحق كل واحد من الشركاء ربحه بقدر رأس ماله، على أن يرجع العامل بأجرة مثله على شريكه .

جاء في الفروع : وإذا فسد فربح المضاربة للمالك، وللعامل أجرة مثله، ولو خسر. وربح شركة عنان ووجوه بقدر ملكيهما، وأجرة ما تقبلاه في الأبدان بالسوية، ويرجع كل واحد على الآخر في أجرة عمله، في الأصح.[٨] ويقول البهوتي: وإذا فسدت الشركة بجهالة الربح أو غيرها

---

[1] . وهناك شروط خاصة لصحة الشركة حسب نوعها ، بحيث إذا أختل واحد منها يؤدي إلى فساد الشركة ، وهي تتعلق برأس المال ، والربح ، والعمل غالبا ، يراجع في تفصيل ذلك :الدردير،الشرح الكبير٣٤٩/٣، ابن رشد، بداية المجتهد ٢٥٠/٢ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦ / ٨٠

[2] . د. حسن خطاب ، أسباب استحقاق الربح ص٢٢٦.

[3] . الكاساني ، بدائع الصنائع ٥٩/٦، البهوتي ، كشاف القناع ٤٩٨/٣، . حسن خطاب ، أسباب استحقاق الربح ص ٢٦٨،٢٦٩، سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية ص٤٠٣.

[4] . الحطاب ، مواهب الجليل ٨١/٧.

[5] . الماوردي، الحاوي٦/ ٤٤٩.

[6] . البهوتي، كشاف القناع ٥٩١/٣، ابن قدامة ، المغني ١٢٨/٥،ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام احمد ١٥١/٢.

[7] . ابن حزم ، المحلى ١٢٤/٨،٢٦١.

[8] . ابن مفلح ، محمد بن محمد، الفروع، ط١،(تحقيق عبدالله التركي)، مؤسسة الرسالة،٢٠٠٣م، ٧/ ١١٥– ١١٦.

قسم ربح شركة عنان وربح شركة وجوه على قدر المالين؛ لأنه نماؤهما كما لو كان العمل من غير الشريكين .[١]

- **واستدلوا على قولهم:**

– **أولا:** تبعية الربح للمال؛ فالربح متولد من رأس المال [٢].

– **ثانيا:** ودليل الجمهور في حق رجوع العامل بأجرة المثل، أن العمل الذي قام به الشريك في مال شريكه مضمونا، فوجب فيه أجرة المثل؛ كالمضاربة الفاسدة، والإجارة الفاسدة.[٣]

القول الثاني: ذهب الحنفية[٤] والحنابلة على رواية مرجوحة[٥]، إلى أن الربح يتبع المال عند فساد الشركة، فيستحق كل واحد من الشركاء ربحه بقدر رأس ماله فقط، من غير رجوع العامل على شريكه بأجرة المثل.

- **واستدلوا على قولهم:**

– **أولا :** تبعية الربح للمال؛ لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره.[٦]

– **ثانيا:** القياس على المزارعة ؛ فكما أن الريع تابع للبذر في الزراعة، والزيادة إنما تستحق بالتسمية، وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال... وذلك لأن رأس المال هو المولد للربح.[٧]

– **ثالثا:** لأن الشركة إذا فسدت صار المال مشتركا، شركة ملك، والربح في شركة الملك على قدر المال.[8]

القول الثالث : ذهب الفقيه الحنبلي الشريف أبو جعفر[٩] إلى وجوب ما اشترطه الشركاء من الربح في بداية العقد، فلا أثر لتبعية الربح للمال، وإنما يستحق الربح بالشرط في شركة الأموال سواء كانت صحيحة أو فاسدة .

---

[1]. البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٦ /٥٠

[2]. انظر عقد الجواهر الثمينة ٢/٦٦٩_٦٧٠، الحطاب، مواهب الجليل ٧/ ٨١ ، الماوردي، الحاوي٦/ ٤٤٩، البهوتي، كشاف القناع ٣/٥٩١، ابن قدامة ، المغني ١٢٨/٥،ابن قدامة .

[3] . السيوطي،جلال الدين بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ٤٧٤/١،الدردير، الشرح الكبير ٣٦٤/٣، الرملي، نهاية المحتاج ١٢/٥، ابن قدامة ، المغني١٢٨/٥.

[4] . ابن نجيم ، البحر الرائق ٥/ ٣٠٧، الكاساني ، بدائع الصنائع ١٠٢/٦.

[5] . ابن مفلح ، المبدع ١٧/٥.

[6] . شيخي زاده ، مجمع الأنهر ٥ / ٢٦

[7] . انظر ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٨٠.

[8] . ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ٥٠٩/٤.

[9] . مجموع الفتاوى ٩١/٣٠.

- **واستدل على ما ذهب إليه:** بقياس الشركة الفاسدة على النكاح الفاسد، فكما أن المسمى لا يسقط بالنكاح الفاسد، لا يسقط بالشركة الفاسدة ،بجامع أن كل منهما عقد يصح مع الجهالة[١].

القول الرابع : ذهب الإمام ابن تيمية[٢]، وتبعه تلميذه الإمام ابن القيم [٣]إلى وجوب ربح المثل في الشركات الفاسدة، فيعطى الشريك ما جرت العادة أن يعطاه من الربح كالثلث أو النصف.

وبعد هذا الحصر والتضييق داخل حدود أجرة المثل عند فساد الشركات، نرى تفرد الإمام ابن تيمية بسعة نظره ورحابة فقهه، يطل علينا بإشراقة مضيئة، استترنا بسعتها في المزارعة والمساقاة والمضاربة، مستزيدين بها في الشركة، وما كان هذا للإمام ابن تيمية الإ بقطفه ثمار ما زرعه فقهاؤنا الأجلاء، وبهذا حقق الإمام ابن تيمية مقصد الشركاء من سائر الشركات وهو الربح، بقسمة مشروعة، معتبرا فيها عناصر الإنتاج من مال وعمل، دون تحكيم عقد أخر كالإجارة ، في شأن عقود الشركات .

- **واستدل على ما ذهب إليه :**
  - أن العوض في العقود الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيح عرفا وعادة.[٤]

❖ سبب الخلاف بين الفقهاء في المسألة يرجع إلى:

- تبعية الربح للعقد أم للمال: يرى الحنفية تبعية الربح للعقد في الشركة الصحيحة، فإذا فسدت الشركة فيعتبر الربح تابعا للمال، بخلاف الشافعية فإنهم يرون تبعية الربح للمال مطلقا في الشركة الصحيحة والفاسدة. [٥]
- تبعية العمل لرأس المال في الشركة عند المالكية: فهم يرون الأصالة للمال والعمل تابع في الشركة، حين قالوا: توزيع الربح، هو في شركة الأموال تابع لها، فتنقسم على قدر رؤوس الأموال من مساواة أو مفاضلة، وليكن العمل التابع للمال على نسبته. فإذا وقع التفاضل بين الأرباح وبين الأعمال ورؤوس الأموال سقط الشرط وفسد العقد ، وكان الربح، والخسران على قدر رؤوس الأموال، ولزم التراد في العمل.[٦]

---

[1] . ابن قدامة ، المغني ١٢٨/٥.
[2] . ابن تيمية ، مجموع الفتاوى :٩١/٣٠.
[3] . ابن القيم ، إعلام الموقعين ٦/٢.
[4] . ابن تيمية ، مجموع الفتاوى :٨٥/٣٠.
[5] . الماوردي ،الحاوي ٤٧٨/٦، انظر حسن خطاب، أسباب استحقاق الربح ص٨٨.
[6]. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٦٦٩/٢_٦٧٠.

- قياس الشركة في الفساد على عقد الإجارة. والصواب كما قال الإمام ابن تيميـــة أنها على وفق قياس المشاركات[1].

وما يبدو لي رجحانه: رأي الإمام ابن تيمية؛ لأن الربح لا يختلف في الشركة الفاسدة عنها في الشركة الصحيحة؛ فالربح فيهما يعد متولداً من رأس المال بالعمل الذي يعد السبب المعنوي في تولد الربح، فلا تقصر تبعية الربح للمال فقط، وإنما يعتبر العمل الذي أثر على أصالة المال، بتحويله إلى أصالة إنتاجية، مما دعانا القول بالتبعية الإنتاجية ؛ أقصد بذلك عند توزيع الربح في الشركة الفاسدة، يراعى عمل الشركاء الذي ساهم في تنمية المال، وذلك بحسب ربح المثل، وبحسب العرف التجاري، ولا أرى صحة الرجوع إلى أجر المثل، فالشركة لا تعود بأحكامها إلى عقد الإجارة؛ لاختلاف مقاصدهما واقعا وغاية. والله تعالى أعلم بالصواب.

الفرع من صور الفساد في الشركات عند الفقهاء:

وهناك مسألة مهمة، تظهر الحاجة إلى بحثها في الوقت الحاضر؛ لأهميتها وكثرة وقوعها؛ وهي جواز المشاركة في أموال عينية أو استعماليه (كما يطلق عليها حديثا) بأن تكون رأس مال لشركة مضاربة، يعمل فيه الشريك الأخر، مقابل اقتسام الربح بين المالك، والمضارب بنسبة شائعة معلومة؛ كأن يقدم أحد الشريكين سيارة يعمل عليها الشريك الأخر، والربح بينهما.

وقد عدَّ العلامة ابن عاشور الأموال العينية من رأس المال، قال: رأس المال وهو مال مدخر لإنفاقه فيما يجلب أرباحا، وإنما عد رأس المال من أصول الثروة لكثرة الحاجة إليه، والأظهر أن تعد آلات العمل في رأس المال مثل المحركات، ومزجيات البخار، وآلات الكهرباء، وكذلك دواب الحرث، والمكاراة .[2]

وقد اختلفت أنظار الفقهاء في هذه المسألة على قولين، هما :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] ، إلى فساد الشركة، إذا كان رأس مال الشركة من غير النقود.

وحكم جمهور الفقهاء _القائلين بفساد الشركة_ بالربح لمالك المال ؛لأن الربح تابع للمال، أما إذا وقعت الشركة على عروض أو منافع فهي شركة فاسدة، وجعلوا الربح تابع لمن تولد من ملكه[6].

---

1 . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٠/٧٥.
2 . ابن عاشور، مقاصد الشريعة ص٤٦٣.
3 . السرخسي، المبسوط ٧/ ٢١٧، ابن عابدين، رد المحتار على رد المختار ٥/١٩٥، ابن نجيم ، مجمع الأنهر ٥/٢٥.
4 . الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥/٢٨٠، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ٢/٦٦٦. ابن رشد ، بداية المجتهد ٢/٢٥١، القرافي ، الذخيرة ٦/٣٠.
5 . الشربيني، مغني المحتاج ٢/٢٠٠، الماوردي، الحاوي ٦/٤٨٠.
6 . انظر ابن نجيم ، البحر الرائق ٧/٤٥٤.، شيخي زاده ، مجمع الأنهر ٥ / ٢٥، مجلة الأحكام العدلية : المادة (١٣٤) : ١/ ٢٥٧.

هذا وقد فرق الإمام الماوردي بين نوعين من التولد؛ جاء في الحاوي: فأما إذا دفع إلى صياد شبكة ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز ، وكان الصيد للصياد وعليه أجرة الشبكة ، ولو دفع إلى رجل ماشية ليعلفها ممسكا لرقابها، ثم يقتسمان ما يدر من درها ونسلها لم يجز ، وكان الدر، والنسل لرب الماشية ، وللعامل أجرة مثله. والفرق بين صيد الشبكة ونتاج الماشية، أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عالفها، وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة .[١]

مثال الماوردي يشير إلى أن النتاج تابع لأصله الذي تولد منه، والسمك تابع لعمل الصياد الذي تسبب بصيده وتحصيله ، فحكم له .

ما يمكن ملاحظته من وجهة نظر جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى فساد الشركة، الاحتكام لمنهج التبعية في ملك الربح ، حيث جعلوا الربح أو النتاج تابع لأقرب أصل تولد منه، وإذا لم يوجد أصل مالي، حكموا بالربح لسبب تولده وهو عمل العامل. بذلك نرى تقدم تبعية المتولد حقيقة من أصله، على تبعية المتولد حكما بفعل سببه

واستدلوا بالأدلة التالية :

- أن المقصود بالقراض رد رأس المال، والاشتراك في الربح، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود؛ لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل، وفى رد قيمته إن لم يكن له مثل .[٢]
- لأنه عوض مجهول، وعمل مجهول.[3]
- اعتبارا للعقد الوارد على المنفعة به بالعقد الوارد على الدين.[٤]
- لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها، ولا إخراجها عن ملك مالكه.[٥]

القول الثاني: ذهب الحنابلة[٦] إلى جواز الشركة في الأموال العينية مثل البضاعة والدابة، بأن يقدم أحد الشركاء المال العيني، ويقوم الشريك الأخر بالعمل، على شرط اقتسام الربح بينهما بنسبة شائعة معلومة.

---

[1] . الماوردي ، الحاوي في الفقه الشافعي ٧ /٣١٠.
[2] . المطيعي ، المجموع ١٥/ ٩٩.
[3] . السرخسي ، المبسوط ٣٩٦/١١،٣٩٥
[4] . السرخسي ، المبسوط ١١/ ٣٩٦
[5] . ابن قدامة ، المغني ١١٦/٥.
[6] . البهوتي، كشاف القناع ٢١٤/٣، ابن قدامة ، المغني ٧/٥.

واستدلوا على ذلك:

- القياس على النقود، لجواز العمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير[١].
- القياس على المزارعة والمساقاة؛ لأنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها.[٢]

المناقشة والترجيح:

أميل إلى ترجيح رأي الحنابلة، في جواز هذه الشركة؛ للاعتبارات التالية :

- لعدم وجود دليل يمنعها، ولوجود الحاجة والمصلحة في مثل هذه الشراكات؛ لأن القول بان المال العيني يصلح كونه رأس مال في المضاربة، يفتح المجال واسعا لهذه الشركة؛ ذلك أن معظم رؤوس الأموال في الوقت الحالي هي أموال عينية.
- القياس على المزارعة، والمساقاة بجامع الشراكة بين أصل المال، والعمل بقصد النتاج المتولد منها حقيقة (كالعمل على الدواب لتحصيل ألبانها).
- القياس على المضاربة بجامع الشراكة بين رأس المال والعمل بقصد الربح المتولد منهما؛ إذا ما تم توسيع أعمال المضاربة لتشمل التجارة وغيرها، وبالتالي جواز كون رأس المال عين مالية تستهلك بالاستعمال .
- ولأنه إذا جاز للعامل أن يستأجر المال الاستعمالي، بأجرة مضمونة يدفعها على كل حال ، خرج ربح أو لم يخرج ، فالمشاركة في ربح هذا المال أقرب إلى العدل للطرفين.[٣]

وقد ذهب الدكتور رفيق المصري إلى جواز مشاركة وسائل الإنتاج على نسبة من الربح ، مدعما رأيه بالقول: أن هذه المشاركة أقرب إلى العدالة في توزيع المخاطر واقتسام الأرباح.[٤]

والصورة الغالبة الآن: هي الاشتراك في أثمان الماشية، وأخذ الراعي أو العامل ألبان الماشية وأسمانها نظير القيام بما يلزمها من خدمة وعناية ورعاية، وأما النتاج من أولاد وأصواف فيقسم بين الشريكين مناصفة. هذه الشركة جائزة شرعاً كما قررت لجنة الفتوى بالأزهر عام ١٩٤٨م، لتعامل الناس بها وتعارفهم عليها، وحاجتهم إليها، ولم يوجد نص يحظرها من كتاب أو سنة أو

---

[1] . ابن قدامة، المغني ٥/١١٦
[2] . ابن قدامة، المغني ٥/١١٦.
[3] . ايمن الدباغ ، نظرية توزيع العوائد ١٢١_١٢٣.
[4] . رفيق المصري، المشاركة في وسائل الإنتاج ص٣٣.

إجماع، ولا يترتب عليها حدوث منازعات وعداوات، فتجوز تيسيراً على الناس، وأما الجهالة فهي يسيرة لا تفضي إلى المنازعة.[1]

المطلب الثاني: العقد على المتولد تبعا.

توصف ملكية التولد من الأصل المملوك؛ بالملكية التامة؛ وهي الملكية الأولى، التي تثبت على الشيء بسبب منشئ هو (التولد من المملوك)، ومتى ثبتت هذه الملكية للمالك، فلا يتصور بعدها أن يتعلق بذلك الشيء ملك جديد الإ بالسبب الناقل للملكية دون المنشىء (وهو أصل المال)؛ لأن كل ملك يثبت على شيء مملوك قبلاً إنما يكون من قبيل تبدل المالك، وهذا هو معنى نقل الملكية ، ويستنتج من ذلك أن الملكية التامة تتعلق بها الأسباب المنشئة والناقلة، فتنشأ أولا بالإحراز أو التولد من المملوك، ثم تنتقل بالعقود أو الخلفية[2].

فإن مقتضى عقد البيع انتقال المبيع للمشتري والثمن للبائع، وهناك ما يعرف في الفقه الإسلامي بالزوائد المالية، **وهي نوعان:** متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: **الزيادة المتصلة المتولدة** من الأصل كالسمن وانجلاء البياض من العين، **وزيادة غير متولدة من العين** كالصبغ في الثوب، وأما **الزيادة المنفصلة فهي نوعان: زيادة غير متولدة من الأصل** كالكسب والغلة، **أما الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل** كاللبن والثمار والولد [3].

وتظهر أهمية بحثها قبل تمام عقد البيع ولزومه أو عند فسخ عقد البيع، فمن يملك هذه الزوائد البائع أو المشتري؟

وذلك لاختلاف الاجتهادات الفقهية في المسألة، وتباين سبل التعامل معها بناء على قاعدة الأصالة والتبعية، وهو ما سأبحثه بشيء من التفصيل في الحالات الآتية :

- ملكية الزوائد المالية قبل القبض .
- ملكية الزوائد المالية في زمن الخيار .
- ملكية الزوائد المالية عند فسخ العقد .

---

[1] . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٢٠/٥.

[2] . انظر مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ٣٦٠،٣٦٢/١. والملك يعني: اختصاص حاجز يسوغ صاحبه التصرف الإ لمانع . انظر المرجع نفسه ٣٣٣/١.

[3] . السرخسي، المبسوط ٦١/١٣ . يلاحظ أن الحنفية قصروا التولد على ما يتولد من أصله خلقة ،أي التولد الحقيقي كالثمرة ، ولم يعتبروا التولد الحكمي كالربح، على خلاف جمهور الفقهاء الذين وسعوا مفهوم التولد ليشمل الربح .وهو الصحيح .كما تم بيانه سابقا ، وسيأتي لاحقا.

الفرع الأول: ملكية الزوائد المالية قبل القبض.

أولا: القبض لغة واصطلاحا

القبض لغة : مصدر قبضت قبضا، يقال قبضت مالي قبضا ،وهو خلاف البسط، ويدل على شيء مأخوذ، وتجمع في شيء.[١]

القبض اصطلاحا: هو التخلية بين العاقد و المعقود عليه، على وجه يتمكن من الاستلام بلا مانع ، ولا حائل حسب العرف .[٢]

وعُرّف القبض بأنه: التخلية أو المناولة من العاقد والمعقود عليه – في غير الطعام – على وجه يتمكن من التسليم بلا مانع، ولا حائل حسب العرف .[٣]

ثانيا : كيفية القبض عند الفقهاء.

ما يهمنا من العقود عقد البيع، وعقد البيع ؛ ينعقد بالإيجاب والقبول، وتترتب عليه أثاره من انتقال ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع، سواء حصل التقابض بينهما أو لم يحصل، فإذا تم الانعقاد، وجب على البائع تسليم المبيع للمشتري، وعلى المشتري تسليم الثمن إلى البائع.[٤]

وقد ذهب عامة الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[٥]، إلى أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من التصرف، واختلفوا في قبض المنقول ؛ فالحنفية[٦] اعتمدوا منهجهم في العقار حيث قبض المنقول يتم بالتخلية والتمكين بينما جمهور الفقهاء[٧] فرقوا بين المكيلات والموزونات والمعدودات، وبين غيرها من المنقولات التي تتناول باليد كالنقود، فقالوا في الأولى: أن القبض يكون بالاستيفاء فيما يقدر فيها عادة، أما النقود وما في حكمها تقبض باليد.

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء في كيفية القبض يرجع إلى اختلاف العرف والعادات في القبض.[٨]

وغالبا ما يُرجح أن القبضَ هو التخلية، والتمكن من الاستلام الفعلي فيما عدا الطعام، حيث تدل الأحاديث على أن له من الخصوصية، و الاهتمام لم توجد لغيره، فالتحقيق لا يمكن إهمال هذه الأحاديث الدالة على وجوب قبض الطعام وكيله، أو وزنه إذا كان قد بيع بالكيل أو الوزن ،

---

1 . انظر ابن منظور، لسان العرب 7/٢١٣، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ٥/ ٤١.

2 . ابن عابدين، رد المحتار٥/٧١، الحطاب، مواهب الجليل ٦/٤٣١، النووي، روضة الطالبين ٣/٣٠٨، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٤/١٧.

3 . الجنكو، علاء الدين بن عبد الرزاق، التقابض في الفقه الإسلامي، دار النفائس،عمان،٢٠٠٤، ص٢٨.

4 . الصوص، منصور عبد اللطيف، القبض وأثره على العقود،جامعة النجاح الوطنية،٢٠٠٠م، ص٢٤.

5 . ابن عابدين، رد المحتار ٤/٥٦٠، الحطاب، مواهب الجليل ٤/٤٧٧،الشربيني، مغني المحتاج ٢/٧١، ابن قدامة ، المغني ٥/٥٩٦.

6 . الكاساني، بدائع الصنائع ٥/٢٤٤.

7 . ابن عبد البر، الاستذكار ٦/٣٨٩، الدردير، الشرح الكبير٣/١٤٤، الشربيني، مغني المحتاج ٢/٧٣، ابن قدامة ، المغني ٤/٣٣٣.

8 . نزيه حماد، قضايا فقهية في المال والاقتصاد ص٨٤.

ووجوب نقله وتحويله إذا كان قد بيع جزافاً، وأما فيما سوى الطعام فالأدلة ظاهرة ومتعاضدة في أنه لا يحتاج إلى النقل والتحويل.[١] ومنهم من جعل الضابط العام للقبض العرف.[٢]

ولعل مراعاة مقاصد المتعاقدين في عقودهم له أثره، في كيفية القبض وشروطه، بحيث يساهم التنبه لهذه القصود، في تضييق كيفية القبض أو توسيعها، ويعرف هذا من العرف الجاري بين المتعاملين في الميدان المتبادل فيه. قال الإمام الخطابي: القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في نفسها،وحسب اختلاف عادات الناس فيها.[٣] والهدف المقصود من القبض؛ التوثق من نفاذ العقد واستقرار الملك المبرر للتصرف.[٤]

ثالثا : ضمان المبيع قبل القبض

اتفق الفقهاء[٥] أن المشتري يضمن المبيع بعد القبض، ولكن اختلفوا في ضمان المبيع قبل القبض، على ثلاثة أقوال :

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٦] والشافعية[٧] وقول للمالكية[٨] ،ورواية للحنابلة [٩] إلى أن المبيع من ضمان البائع قبل قبض المشتري له .

واستدلوا على ذلك: أن ملك المبيع لا يستقر إلا بالقبض؛ قَالَ تَعَالَى:﴿ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ ﴾[١٠]

ففصل بين ما قبض، فلم يوجب رده لاستقرار ملكه وبين ما لم يقبض فأوجب رده لعدم ملكه. [١١]

القول الثاني: ذهب المالكية على الراجح[١٢]، والحنابلة على الراجح[١٣]، إلى التفريق بين ما يكون فيه حق توفيه من المبيعات (من كيل أو وزن أو ذرع أوعد) فإنها في ضمان البائع قبل قبضها بالتوفيه، أما غيرها فالضمان يكون من المشتري بمجرد العقد، والتوابع المتولدة من أصولها تتحقق في غير ما فرقوا فيه، فبالتالي يتفق المالكية والحنابلة الظاهرية في كون الضمان قبل القبض على المشتري .

---

[1] . القرة داغي، القبض وتطبيقاته المعاصرة في العقود . http://qaradaghi.epkss.com/portal، انظر علاء الدين الجنكو ، التقابض في الفقه الإسلامي ص٢٧.

[2] . منصور الصوص ، القبض وأثره في العقود ص٣١.

[3] . الخطابي، معالم السنن٣/١٣٦.

[4] . منصور الصوص ، القبض وأثره في العقود ص٨.

[5] . السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/٤٣، ابن جزي ، القوانين الفقهية ١٦٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/١٤٦ ،الماوردي، الحاوي٥/ ٢٢٠، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٤/١٢، ابن قدامة، المغني ٤/١١٦.

[6] . الكاساني، بدائع الصنائع ٥/٢٣٨،السمرقندي ، تحفة الفقهاء ٢/٤٣.

[7] . الماوردي، الحاوي٥/ ٢٢١ .

[8] . ابن جزي، القوانين الفقهية ١٦٤ .

[9] . ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٤/١٢، ابن قدامة ، المغني ٤/١١٦.

[10] . سورة البقرة: آية ٢٧٨.

[11] . الماوردي، الحاوي٥/ ٢٢١.

[12] . الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/١٤٦.

[13] . ابن قدامة، المغني ٤/١١٦.

واستدلوا على ذلك: بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : ((الخراج بالضمان))[1] وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه.

وقول ابن عمر: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع؛ ولأنه لا يتعلق به حق توفيه وهو من ضمانه قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث.[2]

وأن ما فيه حق توفيه كالطعام، ينتقل به الضمان للمشتري بالقبض، أما في غيره من المبيعات كالجزاف والمبيع الغائب على الصفة، فالضمان فيها ينتقل للمشتري بمجرد العقد[3]

القول الثالث: ذهب الظاهرية[4] إلى انتقال الضمان للمشتري بمجرد العقد، فهو قبل القبض وبعده من ضمان المشتري .

وما يبدو لي رجحانه أن الضمان ينتقل للمشتري بالقبض؛ لأن ذمة البائع تشغل بالمبيع حتى وقت تسليمه، فتنفك عنه بقبض المشتري له، وبما أن ضابط القبض فيه من المرونة العرفية ما يسمح للمتعاقدين سهولة التصرف في محل عقودهم، أيضا جعل قيد القبض قرينا للضمان فيه من الحماية لحقوق المتعاقدين ما لا يتحقق بقيد أخر .

ومعنى كون القبض شرطا للاستقرار أن العقد يتم ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول – مع توافر الشروط المطلوبة – ولكنه يحتاج في استقراره إلى القبض، وبعبارة أخرى أن ملكية العاقدين للمعقود عليه لا تستقر تماماً إلا بالقبض[5].

رابعا : ملكية الزوائد المالية قبل القبض .

يملك البائع الثمن، ويملك المشتري المبيع بمجرد عقد البيع الصحيح، ولا يتوقف على التقابض، وإن كان للتقابض أثره في الضمان (كما مر سابقا)، وبذلك يثبت للمشتري ملك ما يحصل في المبيع من زيادة متولدة منه، ولو لم يقبض المبيع. ولا يمنع من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري كون الثمن مؤجلاً[6].

جاء في بداية المجتهد: إن غلة المبيع قبل القبض للمشتري باتفاقهم.[7]

وبناء على قاعدة :(**أن الملك متى ثبت في الأصل ثبت في الفرع**)[1]، وقاعدة (**كل من كان له ملك، كان له نماء ذلك الملك ؛لأن الفروع تابعة للأصول**)[2] وقاعدة (**التابع لا يفرد بالحكم**)[3]

---

[1] . سبق تخريجه ص ٢٦

[2] . ابن قدامة ، المغني ٢٣٥/٤.

[3] . انظر النفراوي ، الفواكه الدواني ١٠٩٨/٣.

[4] . ابن حزم ، المحلى ٣٧٩/٨.

[5] . السيوطي ، والأشباه والنظائر ص ٣٠٥– ٣٠٦

[6] . انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٦/٩.

[7] . ابن رشد ، بداية المجتهد ١٨٤/٢

تثبت ملكية توابع المال المملوك للمشتري بمجرد العقد، ولا يتوقف ذلك على القبض ؛ لأن الأصل يملك بالعقد، فتلحق التوابع أصلها في الملكية .

والسؤال هنا: إذا هلك الأصل المبيع قبل القبض، فما حكم الزوائد المالية التي نشأت منه قبل القبض[٤]؟ هل يملكها البائع أو المشتري؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية[٥] إلى أن العقد يبقى قائما بقدر الزيادة، ويكون لها حصة من الثمن، بناء على أصلهم **القاضي بأن: الزيادة مبيعة ولكن تبعا؛ لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعا.**

قال الإمام الكاساني: "لو هلك الأصل وبقيت الزيادة يبقى العقد في **قدر الزيادة**، ويصير لها حصة من الثمن **فينقسم الثمن على الأصل يوم العقد** وعلى **الزيادة يوم الهلاك** فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الأصل ويبقى بحصة الزيادة، بخلاف ما إذا **هلك قبل حدوث الزيادة**، حيث ينفسخ العقد أصلا ورأسا، ويسقط كل الثمن؛ لأن هناك لا فائدة في بقاء العقد، إذ لو بقي، لطلب البائع من المشتري الثمن، فيطلب المشتري منه تسليم المبيع، ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة ؛ لانعدام فائدة البقاء، وإذا بقيت الزيادة كان في بقاء العقد في الزيادة فائدة لإمكان تسليمها فبقي العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الأصل والزيادة".[٦]

القول الثاني: ذهب المالكية[٧] والحنابلة[٨] إلى أن عقد البيع يبقى قائما بعد هلاك الأصل، ويستحق المشتري التوابع المتولدة ، لضمانه أصل المبيع بمجرد العقد(كما تم بيانه سابقا)، ويخالفون الحنفية، بأنهم يلزمون المشتري بجميع الثمن (أي ثمن الأصل مع الزوائد المتولدة منه) لشمول الضمان الأصل وتوابعه .

القول الثالث: ذهب الشافعية[٩] إلى انفساخ عقد البيع قبل القبض عند هلاك الأصل، أما الزوائد المتولدة تعتبر أمانة في يد البائع ملكا للمشتري؛ بناء على أصلهم القاضي بأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع .

---

[1] . انظر الكاساني ، بدائع الصنائع ٧/ ٢٧٦.
[2] . الماوردي ، الحاوي ٢٠٤/٦.
[3] . السيوطي ، الأشباه والنظائر ص١٣٠.
[4] . وصورتها : ما نشأ من الأصل حقيقة أو حكما (كالثمرة ، والربح)؛ كأن اشترى بستان وبعد حصاد الثمر ، هلكت الأشجار ، أو اشترى سيارة أجرة فهلكت ، وقد حصل منها (ربح) .
[5] . انظر الكاساني، بدائع الصنائع : ٥/ ٤١٣ ،ابن عابدين ، رد المحتار ١٣٣/٥، الحصفكي، الدر المختار ٣٦٠/٥.
[6] . الكاساني ، بدائع الصنائع ٤١٤/٥.
[7] . الدسوقي ، الشرح الكبير ١٤٦/٣
[8] . البهوتي، شرح منتهى الإرادات ١٤٦/١.
[9] . الشربيني، مغني المحتاج ٦٥/٤، الماوردي ، الحاوي ١٧٨/٥.

قال الإمام النووي: "ثم إذا انفسخ البيع، كان المبيع هالكا على ملك البائع. حتى لو كان عبدا، كانت مؤنة تجهيزه على البائع. وهل نقول بانتقال الملك إليه قبيل الهلاك، أم يرتفع العقد من أصله ؟ وجهان خرجهما ابن سريج. أصحهما وهو اختياره واختيار ابن الحداد: لا يرتفع من أصله كالرد بالعيب، وفي الزوائد الحادثة بيد البائع، من الولد والثمرة واللبن والبيض والكسب وغيرها هذان الوجهان، وذكرنا نظيرهما في الرد بالعيب قبل القبض، وخرجوا عليهما الزوائد. والأصح في الجميع: أنها للمشتري، وتكون أمانة في يد البائع. ولو هلكت، والأصل باق بحاله، فلا خيار للمشتري". [١]

أما وجه ملكية التوابع المتولدة عند الشافعية يرجع إلى اعتبار سبب التولد من المملوك سببا مستقلا عن أصله، وذلك لأن المبيع هو ما ورد عليه العقد، والعقد إنما ورد على الأصل ولم يرد على هذه التوابع؛ لأنها لم تكن موجودة حين العقد، وإنما حدثت بعده ، فلم يشملها [٢].

وما يبدو لي رجحانه أن المبيع قبل القبض هو ملك للمشتري بالعقد، وأما الضمان يكون على البائع، كما مر سابقا ، لذلك يملك المشتري الزوائد المتولدة من الأصل، ويُلزم المشتري بجميع الثمن؛ لملكيته الأصل وتوابعه المتولدة (= الزوائد المتولدة)، وعلى المشتري نفقات النماء لقاعدة " الغنم بالغرم" . والله تعالى أعلم بالصواب .

الفرع الثاني: ملكية الزوائد المالية في زمن الخيار.

ينعقد البيع غير لازما عند وجود خيار الشرط[٣]، دليله ما رواه عبد الله بن عمر ﭬ أن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: ((إذا بايعت فقل لا خلابة))[٤]

وجه الدلالة : قال الإمام الزيلعي: ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ إنه كان ضرير البصر. فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى، فإن رضي أخذ، وإن سخط ترك[٥] .

هذا مما يستدعي بيان حكم زوائد المبيع الحادثة زمن الخيار: هل يملكها المشتري أم البائع ؟ وقد اختلفت أنظار الفقهاء في مسألة ملكية الزوائد المالية بناء على أمرين هما:

أ. ملكية المبيع زمن الخيار .

ب. قاعدة الأصالة والتبعية .

---

[1] . النووي ، روضة الطالبين ٣ / ١٦٠،١٦١.

[2] . عبد الحافظ أبو حميدة ، التولد من المملوك ص٣٥.

[3] . **وخيار الشرط** : هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة، كأن يقول: المشتري للبائع اشتريت منك هذا الشيء على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٥٤/٤.

[4] . أخرجه البخاري حديث رقم (٢٠١١) كتاب البيوع ، باب : ما يكره من الخداع ٧٤٥/٢.

[5] . الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية ٤/ ٨.

وهو ما سأبحثه بشيء من الاختصار.

أ- **ملكية المبيع زمن الخيار** .

للفقهاء في هذه المسألة أربعة أقوال هي :

القول الأول: ذهب المالكية[١]، والشافعية في قول[٢]، والحنابلة في رواية مرجوحة[٣]، إلى أن المبيع زمن الخيار ملك للبائع.

واستدلوا على ذلك:

١. أن العقد إنما ينقل الملك برضا الطرفين، ولم يحصل الرضا ، بوجود الخيار؛ لأن الخيار يمنع تمام الرضا، فيمنع انتقال الملك. [4]

٢. أن حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه، وموجب الملك جواز التصرف، فلما كان المشتري ممنوعا من التصرف، دل على أن الملك غير منتقل إليه.[5]

القول الثاني : ذهب الحنابلة على الرواية الراجحة [٦] أن ملكية المبيع زمن الخيار للمشتري.

واستدلوا على ذلك: بحديث النبي ﷺ ((من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع))[٧] .

وجه الدلالة: جعل النبي ﷺ المال للمبتاع باشتراطه وهو عام في كل بيع فشمل بيع الخيار.[٨]

القول الثالث: ذهب الشافعية في المعتمد لديهم[٩]، أن ملك المبيع لمن شرط الخيار ، وإن كان الخيار للبائع والمشتري ، فحكمه موقوف.

واستدلوا على ذلك: بأنه إذا كان الخيار لأحدهما كان هو وحده متصرفا في المبيع، ونفوذ التصرف دليل على الملك ، وإن كان الخيار لهما فموقوف أي الملك ؛ لأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر فتوقفنا؛ فإن تم البيع بان أنه أي الملك، فيما ذكر للمشتري من حين، وإلا فللبائع ، وكأنه لم يخرج عن ملكه .[١٠]

---

[1] . الدردير، الشرح الكبير ١٠٣/٣، النفراوي، الفواكه الدواني ١١١/٣.
[2] . النووي ، روضة الطالبين ١١٢/٣، حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج ٣٤٥/٤
[3] . ابن مفلح، المبدع شرح المقنع ٤٤٥/٣، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٤٨.
[4] . القرافي ، الذخيرة ٣١/٥.
[5] . الماوردي، الحاوي ٥/ ٤٨.
[6] . البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٤٨، المرداوي، الإنصاف ٣١٨/٤.
[7] . سبق تخريجه ص ٢٥
[8] . البهوتي، الروض المربع البهوتي ١/ ٢١٨. سبق تخريج الحديث .
[9] . الشربيني، مغني المحتاج ٦ / ٤٤٥، النووي، المجموع ٢٢٠/٩.
[10] . الشربيني، مغني المحتاج ٦ / ٤٤٥

القول الرابع: يرى الحنفية[1] أن ملك المبيع للبائع ، إذا كان الخيار له، وإن كان للمشتري ، يملكه المشتري عند أبو يوسف ومحمد وزفر، خلافا لأبي حنيفة الذي يعتبر ملك المبيع موقوف، وإن كان الخيار لهما فالمبيع ملك البائع.

ما يبدو لي رجحانه قول الشافعية؛ لأن الخيار ينبع من إرادة المتعاقدين واشتراطهما، فيكون ملك المبيع لمن اشترطه ،لأن الأصل في البيع اللزوم والنفاذ ، والخيار هو من أوقف اللزوم لمصلحة المتعاقدين، فمن اشترط الخيار يتحمل الملك مع إمكانية الفسخ عند إرادته، وإن كان لكليهما فالعدل أن يكون الملك موقوفا حتى يتبين مصير العقد .

فإذا تم فسخ العقد فالمبيع وزوائده ملك للبائع؛ لأنه تبين أن المبيع لم يخرج عن ملكية البائع ،ولم يدخل في ملكية المشتري ، فيبقى على حاله .

وإن تم الرضى ومضى العقد؛ فالمبيع وزوائده ملكٌ خالصٌ للمشتري؛ لأن العقد وقع على أصل المبيع وما يتولد منه بالتبعية ، (فالتابع تابع). والله تعالى أعلم بالصواب.

أ- **قاعدة الأصالة والتبعية.**

يرجع الخلاف بين الحنفية، وجمهور الفقهاء في إبطال الخيار أو عدمه عند حدوث الزوائد المالية، بناء على قاعدة الأصالة والتبعية في الزوائد المالية، وهو ما سأبينه فيما يلي:

رأي الحنفية :

ذهب الحنفية إلى إعمال قاعدة التبعية؛ حين قالوا : إن الزوائد المتولدة من المبيع،" مبيعة تبعا"، بناء على أن الحكم الأصلي للبيع **هو الملك**، ومتى ثبت الحكم في الأصل ثبت في التبع ، فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافا إلى البيع السابق، **فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعا لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعا**[2].

ولا يعتبر الحنفية التولد من المملوك سببا مستقلا عن الأصل، وإنما يرون المتولدات من الأصول، تابعة لأصولها ، في الحكم والملكية، وبناء على هذا التصور، فرّق الحنفية بين الزوائد المتولدة قبل القبض وبعده .

فالزوائد المتولدة قبل القبض زمن الخيار لا تبطل الخيار، بل يكون الحكم فيها موقوفا، فإذا أجيز البيع، يملكها المشتري؛ لأن العقد وقع على المبيع وزوائده بالتبعية، فهي مملوكة بملك الأصل، قال الإمام السرخسي: أصل ذلك: (أن الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوائد، يجعل كالموجود عند العقد) [3].

---

[1] . شيخي زاده، مجمع الأنهر ١٥٠/٥، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار ١/ ١٤،الحصفكي، الدر المختار ٥١/٤
[2] . الكاساني ، بدائع الصنائع ٤١٣/٥.سيأتي تفصيل الكلام في الزوائد ونوعها عند الحنفية في الفرع التالي .
[3] . السرخسي ، المبسوط ٦٧/١٣.انظر ابن عابدين ، رد المختار ٨٩/٥، عبد الحافظ أبو حميدة ، التولد من المملوك ص٤٢.

أما بعد القبض فالمشتري يملك الزوائد المتولدة الحادثة زمن الخيار، فيلزم البيع، ويبطل الخيار؛ لأن ردها للبائع يمنع شرعا ؛ لأنه يؤدي إلى الربا وربح ما لم يضمن [١].

وتعليل ذلك عند الحنفية؛ أن عقد البيع يقع على الأصل وما يتولد منه ، فالزوائد المتولدة تتبع أصلها في الملكية ، وعند القول بفسخ العقد ، يلزم من ذلك رجوع الأصل وما يتبعه من زوائد ، وهذه الأخيرة لم تحصل في ملك البائع ،ولم يضمنها بالضرورة، فيلزم من ذلك ملك البائع للزوائد من دون مقابل (وهو الربا)، ولمال لم يضمنه (وهو ربح ما لم يضمن).

رأي جمهور الفقهاء:

في حين أن المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] اعملوا قاعدة الأصالة ؛ لنظرتهم أن الزوائد المتولدة مُلكت بسبب " التولد " وهو سبب مستقل عن ملك أصل المبيع، فأصل المبيع مُلك بالعقد ، والزوائد المتولدة مُلكت بملك الأصل، وملك الأصل شرط لذلك لا سبب، ولما كانت سببية الملك مختلفة الطرفين – الأصل والمتولدات (الزوائد) – أمكن إجراء الفسخ في الأصل ، دون الزوائد[٥]. وهو ما سأبينه في كل مذهب على حده :

ملكية الزوائد عند المالكية :

فرّق المالكية بين نوعين من الزوائد هما:

١. الزوائد المتصلة بالأصل، فأخذت حكم الجزئية من الأصل كالولد والصوف ، وحكمها أن تتبع الأصل لعدم تصور انفصالها [٦].
٢. الزوائد المنفصلة، وأسموها بالغلة كالثمرة والربح ، وهذه يملكها البائع لأنها في ملكه وضمانه .

قالوا: الغلة في بيع الخيار للبائع؛ أي زمن الخيار للبائع ؛ لأن الضمان منه، فالملك فيه للبائع ولا ينتقل الضمان فيه بالقبض كان صحيحا، أو فاسدا فلذا كانت الأجرة، والغلة فيه للبائع. والحاصل أن الأجرة، والغلة للبائع في بيع الخيار زمنه سواء كان صحيحا، أو فاسدا، ولو كان الخيار في الصحيح للمشتري وأمضى البيع لنفسه؛ لأن الملك للبائع زمنه ولم يدخل

---

[١] . ومن أقوى الردود على الحنفية: أن الربا معتبر في العقود لا في الفسوخ ، ولا في ضمان المتلفات . السبكي ، تكملة المجموع ٢١٢/١١.
[٢] . الدسوقي، حاشية الدسوقي ١٠٤/٣. ابن شاس ،عقد الجواهر الثمينة ٤٦٢/٢_٤٦٥.
[٣] . الشربيني ، مغني المحتاج ٦ / ٤٤٥
[٤] . المرداوي، الإنصاف ٤/ ٢٧٥.
[٥] . انظر عبد الحافظ أبو حميدة ، التولد من المملوك ص٤٧ .
[٦] . الدسوقي، حاشية الدسوقي ١٠٤/٣

في ضمان المشتري.[1] **والقاعدة في ذلك عندهم: أن كل من له النماء عليه التواء أي الهلاك. واستندوا في ذلك إلى حديث** النبي ﷺ ((الخراج بالضمان)). [2]

ملكية الزوائد عند الشافعية:

الراجح عند الشافعية[3]أن الزوائد تتبع الأصل في الملك، فمن يملك الأصل المبيع يملك زوائده، وكما مر سابقا أن ملك الأصل يكون لمن له الخيار، وإن كان لكليهما فموقوف .

ملكية الزوائد عند الحنابلة:

زوائد المبيع المتولدة وغير المتولدة من الأصل، ملك للمشتري؛ لأن ملك الأصل للمشتري في زمن الخيار على المعتمد في المذهب .

جاء في الإنصاف: "فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له(أي للمشتري) أمضيا العقد أو فسخاه".[4]

وجاء في شرح منتهى الإرادات:" وكسبه؛ أي المبيع ، ونماؤه المنفصل مدة خيار(له) أي لمشتر لحديث ((الخراج بالضمان)) [5] ويتبع نماء متصل المبيع لتعذر الانفصال".[6]

الخلاصة والترجيح :

يلاحظ مدى انسجام رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة بين ملكية أصل المبيع وزوائده، بناء على قاعدة الأصالة والتبعية؛ ومفادها أن من يملك الأصل ويضمنه، يملك توابعه (= الزوائد)، على اختلافٍ بينهم، فيمن يملك الأصل زمن الخيار، وقد سبق ترجيح رأي الشافعية في ذلك .

وفي حالة فسخ العقد، يفسخ العقد في الأصل دون الزوائد؛ إذا حدثت في ملك المشتري فيملكها؛ لأنها حصلت في ملكه وضمانه. بناء على أصلهم السابق: أن الزوائد ملكت بسبب مستقل عن ملك الأصل، وإن كان ملك الأصل شرط لملكها. وذلك يعني أن الزوائد قاربت حكم الأصالة بنشوئها في ملك وضمان المالك لها . خلافا للحنفية الذين يرون تحقق وصف التبعية للزوائد ، فتتبع أصلها عند تمام العقد وفسخه .

---

[1] . الدسوقي، حاشية الدسوقي ١٠٤/٣. ابن شاس ،عقد الجواهر الثمينة ٤٦٢/٢_٤٦٥.

[2] .واستدل من الحديث: وإنما يضمنه البائع إذا كان مما لا يغاب عليه، ولم يظهر كذب المشتري ولو لم تشهد بينة على هلاكه أو ضياعه، وكذا إن كان مما يغاب عليه كثوب أو كتاب إن شهدت بينة للمشتري على ما ادعاه من تلف أو ضياع، وإلا كان ضمانه من المشتري، فالحاصل أن ما لا يغاب عليه ضمانه من البائع حيث لم يظهر كذب المشتري، ولكن لا بد من حلفه، ولو غير متهم . النفراوي، الفواكه الدواني ١١١/٣.

[3] . الشربيني، مغني المحتاج ٦ / ٤٤٥، النووي ، المجموع ٢٢٠/٩.

[4] . المرداوي، الإنصاف ٤/ ٢٧٥

5 . سبق تخريج الحديث ص٢٦.

[6] . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٤٨

وما يبدو لي رجحانه: أن ملكية أصل المبيع وما يتولد منه يكون لمن له الخيار، وإن كان لكليهما فهو موقوف؛ لأن من يملك الأصل، يملك ما يتولد منه حقيقة وحكما؛ لأنه في ملكه وضمانه. فإذا تم فسخ العقد يفسخ في الأصل دون الزوائد، إعمالا لحديث (الخراج بالضمان) فإن الزوائد تملك لمن حصلت في ملكه وضمانه. والله تعالى أعلم بالصواب .

الفرع الثالث: ملكية الزوائد المالية عند فسخ العقد بالعيب.

خيار العيب: كل ما أوجب نقصان القيمة والثمن في عادة التجار فهو عيب يوجب الخيار[١].

وعند وجود خيار العيب في عقد البيع، يثبت الملك للمشتري في المبيع للحال؛ لأن ركن البيع مطلق عن الشرط، وإنما يثبت فيه دلالة شرط سلامة المبيع عن العيوب، فإذا لم تتوافر السلامة تأثر العقد في لزومه، لا في أصل حكمه.[٢] وبذلك لم يقع الخلاف بين الفقهاء في ملكية المبيع زمن الخيار ، كما حصل في خيار الشرط .

أولا: حقيقة التولد والكسب عند الفقهاء

الكسب: ما حصل بسبب العين، وليس بعضا، والنماء: هو نفس الشيء الزائد من المبيع؛ كلبن الماشية وأولادها[٣]. وهو الربح والأجرة والمنفعة .

ذهب عامة الفقهاء[٤] إلى أن وصف التولد مرتفع عن الكسب، لذلك جعلوه ملكا للمشتري بضمانه أصل المبيع فاستحق خراجه ،وما حقيقة الخراج الإ الكسب كما سبق أن بينت .

قال الإمام السمرقندي : "وأجمعوا أن الكسب أو الغلة، التي تحدث بعد القبض لا تمنع فسخ العقد".[٥]

قال الإمام ابن قدامة: "أن تكون الزيادة من غير عين المبيع؛ كالكسب وهو معنى قوله، أو استغلها يعني أخذ غلتها، وهي منافعها الحاصلة من جهتها؛ كالخدمة، والأجرة، والكسب، وكذلك ما يوهب، أو يوصى له به، فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه؛ لأن العبد لو هلك، هلك من مال المشتري وهو معنى النبي ﷺ :((الخراج بالضمان)) ولا نعلم في هذا خلاف".[٦]

ولعلني أخالف الفقهاء في هذه المسألة؛ لأن التولد ينقسم إلى قسمين هما[٧]:

---

[1] . السمرقندي ، تحفة الفقهاء ٩٣/٢.
[2] . انظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٣٢/٥
[3] . البعلي ، المطلع على أبواب الفقه ١/ ٢٣٥.
[4] . السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ١٠٠، ابن عابدين، رد المحتار ٨٩/٥، ابن عبد البر، الاستذكار ٢٨٩/٦، ابن رشد، بداية المجتهد ١٨٣/٢، النووي، روضة الطالبين ١٦٠/٣،ابن قدامة، المغني ٢٥٧/٤.
[5] . السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ١٠٠
[6] . ابن قدامة، المغني ٢٥٧/٤
[7] . سبق أن فصلت في المسألة أول المبحث .

التولد الحقيقي: وهو ما نشأ من عين الأصل واكتسب صفاته، وكان جزءا من ماهيته؛ كالمتناسل من الحيوانات، والثمار، واللبن .

التولد الحكمي: هو ما نشأ من الأصل إما بالاستخدام كالمنافع، وإما باعتبار الأصل عاملاً إنتاجياً فتولد عنه كالربح.

واختلافي مع الفقهاء في المسألة ليس له أثر في ملكية الكسب للمشتري، وإنما يظهر في التعليل؛ وذلك أن علة ملك المشتري للكسب هي الملك والضمان معا؛ لأن المتولد من المملوك مملوكا، كما أن الضمان على المشتري؛ لأن المبيع إذا هلك، هلك على حساب المشتري .
في حين قال الفقهاء: إن المشتري يملك الكسب؛ لعلة الضمان فقط.

وإنما السؤال هنا: عند فسخ العقد بالعيب، وقد حصلت زوائد من أصل المبيع، فمن يملكها البائع أو المشتري ؟ هذا ما سأبحثه فيما يلي :

ثانيا: ملكية الزوائد المالية عند فسخ البيع :

تنسحب قاعدة الأصالة والتبعية على ملكية الزوائد المالية عند فسخ عقد البيع بالعيب، ذلك لحصول الخلاف بين الحنفية المتمسكين بتبعية الزوائد للأصل المبيع، وبين جمهور الفقهاء المعتدين بأصالة الزوائد عن أصولها. فنحن أمام اتجاهين هما :

الاتجاه الأول : تبعية الزوائد المنفصلة للأصل المبيع عند الفسخ .

يعد المذهب الحنفي من أخصب المذاهب الفقهية دراسة وتفصيلا لمسألة الزوائد المالية بوجه عام، مطلقين الأحكام في ملكية الزوائد بناء على تدقيق النظر في سبك أنواعها .

أما الاتجاه العام لملك زوائد المبيع عند الحنفية– كما ذكرت سابقا – يُقرر بأن **الزوائد مبيعة تبعا لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعا**[1]. وسأبحث كل نوع من الزوائد على حده، ثم أخلص إلى نتيجة ...

---

[1]. أما أهم الأحكام التي تتعلق بالزوائد عند الحنفية ما يلي:
- للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كما له حق حبس الأصل .
- أن البائع إذا أتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري، كما لو أتلف جزءا من المبيع.
- أن المشتري إذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن **بالقبض**؛ فيقسم الثمن على **قيمة الأصل يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض** حتى لو اطلع المشتري على عيب بالأصل فإنه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن .
- إذا أتلف الزوائد أجنبي وضمنها بلا خلاف فالمشتري بالخيار ؛إن شاء اختار الفسخ ، ويرجع البائع على الجاني بضمان الجناية ، وإن شاء اختار المبيع ، واتبع الجاني بالضمان ، وعليه جميع الثمن كما لو أتلف الأصل.
- تطبيق قاعدة الربا وقاعدة ربح ما لم يضمن على الزوائد التوابع ؛ كما في الأمثلة التوضيحية الآتية :
  - إذا اشترى نخلا بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى أثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكر الحادث لا يطيب الكر ، وعليه أن يتصدق به؛ لأن التمر الحادث عندنا **زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعا** ، وله عند القبض **حصة من الثمن** كما لغيره من الزوائد ، والثمر من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر **الحادث يصير ربا فيفسد البيع في الكر الحادث** ، ولا يفسد في النخل .
  - إذا اشترى عبدا بألف درهم يساوي ألفين فقتل قبل القبض فاختار البيع وابتاع الجاني فأخذ قيمته ألفين يتصدق بالألف الزائد ؛ **لأنه ربح ما لم يضمن** انظر الكاساني، بدائع الصنائع ٥ /٤١٣-٤١٦ .

- **الزوائد المتصلة المتولدة:** لا تمنع الرد بالعيب (قبل القبض، وكذا بعده) في ظاهر الرواية؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل فكانت مبيعة تبعا، والأصل أن ما كان تابعا في العقد يكون تابعا في الفسخ؛ لأن الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصودا، وينفسخ في الزيادة تبعا للانفساخ في الأصل، وللمشتري الرجوع بالنقصان، وليس للبائع قبوله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد له ذلك. وبذلك تكون الزوائد للمشتري حال الإجازة، وللبائع حال الفسخ [١].
- **الزوائد المتصلة غير المتولدة:** تمنع الفسخ والرد بالعيب مطلقا: (قبل القبض أو بعده)، وتلزم المشتري قيمة المبيع؛ لأن هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها ، ذلك لأنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلا ورأسا؟ إلا إن تراضيا على الفسخ فهو إقالة وكبيع جديد، ولو قال البائع: أنا أقبله كذلك، ورضي المشتري لا يجوز أيضا؛ لأن المنع لحق الشرع لاستلزامه الربا [٢].
- **الزوائد المنفصلة المتولدة:** لا تمنع الفسخ والرد بالعيب (قبل القبض) فإن شاء المشتري ردهما جميعا، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن ؛ لأنها لا ترد بدون الأصل احترازا عن الربا بل ترد مع الأصل، أما (بعد القبض) تمنع الرد بالعيب ؛لأن الزيادة مبيعة تبعا لثبوت حكم الأصل، وحصلت في ضمان المشتري، فهي ملك للمشتري، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح ما لم يضمن، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى في يده بلا ثمن، وهذا من صور الربا[٣]، ولو قبض المشتري المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيبا : فإن كانت الزيادة هالكة له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن بلا خلاف، وإن كانت قائمة. فكذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يرد معه الزيادة؛ لأن الإمام محمد يرى أن الزوائد المنفصلة تصير بالانفصال، أصلا قائما بذاته [٤].
- **الزوائد المنفصلة غير المتولدة:** لا تمنع الفسخ والرد بالعيب؛ (قبل القبض)، إذا رد فهي للمشتري بلا ثمن عند محمد، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف للبائع، (وبعد القبض) لا تمنع الرد أيضا؛ فإن اختار المشتري البيع ، فالزوائد له مع الأصل؛ لأنه

[1] . انظر الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١١٢-١١٩ ، السرخسي، المبسوط ١٣، ٦١-٧٥

[2] . انظر الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١١٢-١١٩ ، السرخسي، المبسوط ١٣، ٦١-٧٥

[3] . وقد بينت صورتها سابقا . قال الإمام الكاساني : الزيادة مبيعة تبعا لثبوت حكم الأصل فيه تبعا ، وبالرد بدون الزيادة ينفسخ العقد في الأصل مقصودا وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعا مقصودا بلا ثمن ليستحق بالبيع ، وهذا تفسير الربا في عرف الشرع . الكاساني، بدائع الصنائع ٥/٤١٧.

[4] . انظر الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١١٢-١١٩ ، السرخسي ، المبسوط ١٣، ٦١-٧٥

تبين أنها كسب ملكه ، فكانت ملكه، وإن اختار الفسخ رد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة لأن ملك المبيع كان موقوفا، فإذا فسخ تبين أنه لم يدخل في ملكه، فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع، فيردها إليه مع الأصل وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون للمشتري بناء على أن المبيع دخل في ملك المشتري، فكانت الزوائد حاصلة على ملكه، والفسخ يظهر في الأصل لا في الزيادة ، فبقيت على حكم ملك المشتري[١] .

- **أما نظرة الحنفية لمقابلة الزوائد بالثمن:** فهي أن المشتري إذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض ، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطلع المشتري على عيب بالأصل فإنه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن. وكذا المشتري إذا أتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن؛ لأنه صار قابضا له بالإتلاف، وبالقبض يصير لها حصة من الثمن[٢].

❖ **خلاصة:** تحقق وصف التبعية في جميع الزوائد، ما عدا الزوائد المتصلة غير المتولدة، فهي ليست تابعة للمبيع ؛ لعدم ثبوت حكم بيعها بالتبعية .

وبناء على ذلك: أثرت قاعدة التبعية، في إجازة الرد، أو منعه عند حصول الربا أو ربح ما لم يضمن .

مع ملاحظة حدوث المتولدات التابعة قبل القبض وبعده[٣]:

- ✓ المتولدات الحادثة قبل القبض لا تبطل الخيار، وتكون حينئذ للبائع؛ لأن الحنفية لم ينظروا لملكية الأصل زمن الخيار كعامل رئيس يحدد مصير هذه المتولدات؛ لأن الأصل عندهم أن الزوائد الحادثة بعد العقد قبل القبض تأخذ حكم الموجود عند العقد الأمر الذي يعني إجراء الفسخ فيها، وعودها للبائع .
- ✓ المتولدات الحادثة بعد القبض تبطل الخيار عند حدوثها ، وتمنع الرد؛ لأنها مبيعة تبعا؛ ولئلا يفضي استخدامه فسخا إلى الربا، أو إلى ربح ما لم يضمن .

[1] . انظر : الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١١٢-١١٩ ، السرخسي ، المبسوط ١٣، ٦١-٧٥، ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ٥/٢٣٠-٢٥٠ ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء ٢/١٠٠-١٠٢.

[2] . انظر المراجع السابقة .

[3] . انظر عبد الحافظ أبو حميدة ، التولد من المملوك ص١٣٠-١٣٦.

الاتجاه الثاني: أصالة الزوائد المنفصلة عند الفسخ .

وهو ما يمثله جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3]، الذين يرون تمليك الزوائد المنفصلة للمشتري، سواء قبل القبض أو بعده.

وجه الأصالة في الزوائد: يتمثل في سبب ملكية الزوائد المنفصلة (وهو التولد من الأصل) ، بحيث عدوه سببا مستقلا عن الأصل الذي ملك بسبب العقد .لذلك كانت الزوائد المنفصلة المتولدة على ملك البائع .

هذا وقد توسع المالكية في حقيقة الزوائد[4]، جاء في التلقين: "وإذا نما المبيع عند المشتري ثم أراد رده بعيب؛ فلا يخلو النماء أن يكون **منفعة، أو غلة، أو عينا؛** فإن كان منفعة، أو غلة كان له رده ولا يلزمه شيء لأجله ؛ لأن له الخراج بالضمان وإن كان عينا فلا يخلو أن يكون ولادة أو نتاجا أو غيره ففي الولادة والنتاج يردهما مع الأمهات وأما غير ذلك فيختلف".[5]

واشترط جمهور الفقهاء لملكية الزوائد للمشتري شروط منها[6]:

١. أن لا يؤدي استهلاكها إلى إنقاص قيمة الأصل، فإن حصل الإنقاص للأصل امتنع الرد ورجع المشتري على البائع بقيمة العيب.
٢. أن تحدث الزوائد بعد العقد .
٣. أن تستقل الزوائد عن أصلها؛ كالولد، واللبن،أو تقارب حكم الاستقلال؛ كالثمرة المؤبرة.

---

[1] . القرطبي ،المقدمات الممهدات٢/١٠٢–١٠٣، ابن شاس ،عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٦٢_٤٦٥، النفراوي، الفواكه الدواني ٣/١١١١، الحطاب، مواهب الجليل ٤/٤٦٣.

[2] . النووي ، روضة الطالبين ٥/ ٦١٥، الشربيني ، مغني المحتاج ٦ / ٤٤٥، الماوردي ، الحاوي في الفقه الشافعي ٥/٤٧.

[3] . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٤٨، ابن قدامة ، المغني ٤/١٦١.

[4] . **وقد أفرد ابن رشد في المقدمات فصل " الزيادة على المبيع " وعدها على خمسة أوجه ،على النحو الآتي:**

١ . الزيادة لحوالة الأسواق ؛ وحوالة الأسواق تعني تغير الأسعار بالارتفاع أو الانخفاض،وقد جاء في التاج والإكليل :" الذي يوجبه النظر أن حوالة الأسواق تفيت المكيل والموزون من الطعام وغيره كالعروض ، على خلاف في المذهب المالكي ما الذي يفوت أو لا يفوت بحوالة الأسواق ؛ وهو عند ابن رشد **لا يعتبر ولا يوجب للمبتاع خيارا .**

٢ . الزيادة في حال المبيع ، **لا يعتبر ولا يوجب للمبتاع خيارا** ؛ مثل أن يكون عبد فيتعلم الصناعات ويتخرج فتزيد قيمته لذلك .

٣ . **وزيادة في عين المبيع بنماء حادث فيه** كالدابة تسمن **أو بشيء من جنسه مضاف إليه** كالولد، **اختلف فقهاء المالكية في المسألة على قولين :**

الأول: أن ذلك ليس بفوت والمشتري مخير بين الرد على حالها أو الإمساك ولا شيء له.

الثاني: أن ذلك فوت والمشتري مخير بين أن يردها بحالها أو الإمساك والرجوع بقيمة العيب.

٤ . **وزيادة مضافة للمبيع من غير جنسه** مثل أن يشتري العبد ولا مال له فيفيد عنده مالا بهبة أو صدقة أو كسب من تجارة ما لم يكن ذلك من خراجه فيشتري النخلة ولا ثمر فيها، فتثمر عنده ثم يجد عيبا ، **فهذا لا اختلاف أن ذلك لا يوجب له خيارا،** ويكون مخيرا بين أن يرد النخل وثمرتها ما لم يطب ويرجع بالعلاج على مذهب ابن القاسم أو يمسك ولا شيء له في الوجهين جميعا.

٥ . **وزيادة أحدثها المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه** كالصبغ والخياطة وما أشبههما مما لا ينفصل عنه إلا بفساد ، **فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويكون شريكا له لأنه أخرجه من ماله فلا يذهب هدرا** انظر " بتصرف" القرطبي ،المقدمات الممهدات٢/١٠٢–١٠٣.

[5] . عبد الوهاب البغدادي ، التلقين في الفقه المالكي ٢/ ١٥٥. وقد حصل خلاف بين الفقهاء في ملك " الولد" ،إذا عقد المبيع ،والحمل موجود ثم انفصل في ملك المشتري . انظر المراجع السابقة .

[6] . انظر الفواكه الدواني ٢/١٣٣، عبد الحافظ أبو حميدة ، التولد من المملوك ص١٣٣،

وقد احتج جمهور الفقهاء في ملكية الزوائد للمشتري على أمور هي :

- مَلكَ المشتري الزوائد المتولدة، لعلة التولد من أصل المبيع، وهو ما انفرد به المشتري ؛ لأنه سبب مختلف عن ملك الأصل وهو العقد [١].
- **<u>قاعدة الخراج بالضمان</u>** .

استدل جمهور الفقهاء بحديث النبي ﷺ: ((الخراج بالضمان))[٢] فالخراج اسم لما خرج من الشيء من عين، ومنفعة، وقيل: هو اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع .[٣] معنى ذلك أن المبيع إذا كان في ضمان المشتري فغلته له، ومعنى كونه مضمونا عليه؛ انه إذا تلف عليه حكم بتلفه من ماله، وهذا العبد كذلك، فوجب رده أن يكون الخراج له. حتى أن بيع البت، ولو كان فاسدا ينتقل فيه الضمان **بالقبض** فيفوز المشتري بالغلة [٤].

ذهب المالكية[٥] والحنابلة[٦] إلى أن الزوائد على ملك المشتري استنادا إلى ملكيته أصل المبيع ، وعليه ضمانه، وقد صاغ المالكية قاعدة في ذلك: **أن كل من له النماء عليه التواء أي الهلاك.**[٧] الا أن الشافعية[٨] قالوا بملكية الزوائد للمشتري؛ لعلة الملك قبل القبض، أما بعد القبض فهو معلل بالملك والضمان؛ لأن الضمان ينتقل للمشتري بالقبض[٩].

- **<u>الفسخ رفع للعقد من حينه</u>** :

ذهب الشافعية[١٠] والحنابلة[١١] إلى أن الفسخ بالعيب يرفع العقد من حينه لا من أصله . وذلك يعني أن البيع تترتب أثاره من وقت العقد ، والفسخ يوقف استمرارها ، فبذلك تثبت ملكية ما حدث أثناء الخيار وهي الزوائد للمشتري.

❖ **الخلاصة والترجيح :**

وبعد هذه الجولة في ميدان الزوائد المالية المرتبطة بأصل المبيع تولدا أو اتصالا، أرى أن التبعية ينطبع أثرها على سائر الزوائد، مما ينعكس على أصل الخيار بالأبطال أو النفاذ ، وعلى ملكية الأصل، والزوائد ذاتها، وذلك في النقاط التالية :

---

[1] . انظر ابن شاس ،عقد الجواهر الثمينة ٤٦٢/٢_٤٦٥، النووي، روضة الطالبين ١٥٣/٣، المرداوي، الانصاف٣١٤/٤، ابن قدامة ، المغني ٢٥٧/٤ .

[2] . سبق تخريجه ص ٢٦

[3] . المطيعي ، تكملة المجموع ١٩٩/١٢.

[4] . النفراوي، الفواكه الدواني /١٣٣ .

[5] . الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت. ٣٦٤/٣، النفراوي، الفواكه الدواني /١٣٣ ، الحطاب، مواهب الجليل ٤٦٣/٤، . ابن شاس ،عقد الجواهر الثمينة ٤٦٢/٢.

[6] . المرداوي، الانصاف٣١٤/٤، ابن قدامة ، المغني ٢٥٧/٤ .

[7] . الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ٣/ ٣٦٤.

[8] . النووي، روضة الطالبين ١٥٣/٣، المطيعي ، تكملة المجموع ١٩٩/١٢.

[9] . المطيعي ، تكملة المجموع ١٩٩/١٢.

[10] . انظر زكريا الأنصاري، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٢٩٩/١ ، الماوردي ، الحاوي الكبير ٢٤٥/٥

[11] . ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ١ /١٧٧.

١. ما يتصل من الزوائد بأصل المبيع سواء كان خلقة كالسمن للدابة، أو بفعل المشتري كالبناء، يمنع الخيار عند الحنفية، لعلة الربا وربح ما لم يضمن. وهي عند عامة الفقهاء تتبع أصل المبيع، وهي الصق معاني التبعية ؛ لعلة الاتصال بالأصل .

٢. باقي الزوائد تشترك في علة التولد من أصل المبيع حقيقة أو حكما، والتولد سبب من أسباب التبعية للأصل، إذا حصل ضمن ملكية واحدة، اعني شخص يملك أشجار في بستان، فما تولد من ثمار يملكها، بملكه أصلها وهي الأشجار .

أما عند حصول الفسخ لخيار العيب، فالتبعية ينازعها أمران هما:

أ. أصل المبيع: لعلة التولد منه سواء حقيقة، أم حكما؛ لذلك ما يتولد من الأصل يتبعه عند الفسخ. وتسمى التبعية هنا تبعية الأصل .

ب. أصالة الملك والضمان: المشتري يملك أصل المبيع ، ويدخل في ضمانه، بمجـــرد العقد، فما تولد من أصل المبيع يملكه، لأن ملك التولد من المملوك سببا مـــستقلا ، عن ملك الأصل، فيملكها المشتري، كما أن ضمان أصل المبيع على المشتري، فمن العدل ملك ما يتولد منه؛ لأن الغنم مقابل بالغرم، والربح بالضمان .

فالتبعية إذن تلحق أصالة الملك والضمان. وهو ما أميل إلى ترجيحه، والله تعـــالى أعلم بالصواب.

المطلب الثالث: تبعية المنافع لأصولها

هناك عدة تعريفات للمنفعة عند الفقهاء القدامى والمعاصرين لعل أبرزها أن المنفعة عرض يقابل العين[١]، والمنفعة تُحصّل من محلين إما من الأعيان، أو من الأعمال، فيختلف استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى، والأراضي بالزراعة، والثياب، والحلل، وعبيد الخدمة، بالخدمة، والدواب بالركوب، والحمل، والأواني والظروف بالاستعمال، والصناع بالعمل من الخياطة ونحوها [٢].

كما عرفت المنافع بأنها: **ما يقصد لذاته وتتحقق الاستفادة من جوهره** ،كالمطعم والملبس والمأوى وغيرها، سواء أكانت أعيانا ملموسة أو معاني مجردة .[٣]

---

[1] . السرخسي، المبسوط ١١/٨٠، الهيتمي، تحفة المحتاج ٧/٦٠ ، تعريف ابن عرفه المالكي للمنفعة :" **ما لا يمكن الإشارة إليه حسا دون إضافة، يمكن استيفاؤه،غير جزء مما أضيف إليه**" . الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ص٣٩٦.

[2] . انظر الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٥١-٥١٨.

[3] . البوطي، قضايا فقهية معاصرة ٢١/١

يلاحظ من التعريف عنصرين:الأول القصد في المنفعة لذاتها، والثاني الأصل الذي تحصل المنفعة من خلاله. وهذا ما يحقق معنى التبعية المنشودة إذ المنفعة تابعة لأصلها الذي تستوفى منه .

وقد وسع ابن حجر قاعدة جوهر المنفعة ولم يقصرها على الأعيان حين قال: المنفعة لا تشمل عينا أصلا وإنما تشمل الآثار التي تصح الإجارة لها لا غير.[1] إلى درجة أن المنفعة قد تطلق أحيانا عند الفقهاء على مطلق الفوائد المستفادة من الأعيان سواء أكانت عينية (مادية)أم عرضية (معنوية)، **وهذا المفهوم العام لا يعمل به إلا إذا قامت القرائن الظاهرة على أن المراد بالمنفعة هو ما يشمل الفوائد العينية ، أو اطراد العرف بذلك**[2]. لكن اعتقد أن إطلاق مفهوم المنفعة ينسجم مع تطور حاجات الناس واصطلاحاتهم أنواع جديدة من الأموال والمنافع بما يحقق الغاية والمصلحة الشرعية من إباحة أصلهما، فالعبرة بجريان التعامل بما يستجد من صور لهما، خاصة إذا لم يوجد معارضة شرعية .

والأصل في ملكية الأشياء التي أباح الشارع تملكها والانتفاع بها، تملكها ملك تاما عينا ومنفعة، مما يثبت لمالكها الحق في أوجه التصرف المباحة شرعا، لذلك تأتي ملكية المنافع منسجمة مع هذا الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية .

وملك المنفعة يعني: اختصاص حاجز يكسب صاحبه الحق في أن يباشر استيفاء المنفعة بنفسه، وان يمكن غيره من استيفائها بعوض أو بغير عوض .[3]

ما يهم بحثه هنا هو نوع العلاقة بين المنفعة واصلها، فالمنافع تنقسم إلى قسمين من ناحية الأصل القائمة به إلى منافع عينية مادية، ومنافع شخصية تتعلق بالإنسان والاستفادة من خدماته؛ وتندرج أحكامه الفقهية تحت باب الإجارة، لكن مقصود الدراسة يتوجه نحو منافع الأعيان؛ أي منافع الأصول المالية، كمنفعة السكنى الناشئة عن البيت، أو ركوب السيارة الناشئة عن السيارة أو منفعة التصنيع الناشئة عن الآلات، والمعدات وغيرها من المنافع الكثيرة التي تستجد بتطور حاجات الناس وأعرافهم، إنما تتبع الأصل الناشئة منه .

يمكن القول إن تملك المنافع يفرض تبادل ادوار للتبعية، باعتبار أن ملك الأعيان أصلا في تقريرها، فما القصد من تملك الأعيان إلا لتحصيل المنافع المنشودة منها، على تقدير أن العين

---

[1]. الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى ابن حجر ٦٩/٤.

[2] . تيسير بورمو، نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله غير منشورة) ، إشراف أسامة الحموي ، جامعة دمشق ،٢٠٠٣، ص٣٤.

[3] . بورمو ، نظرية المنفعة ، ص٦٠. قال الشيخ الجليل الزرقا : فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين حق الانتفاع وملك المنفعة . من حيث العموم والخصوص في المنشأ ، ومن حيث القوة والضعف في الحق : فملك المنفعة فقها إنما ينشأ عن عقد مملك كالوقف والإجارة والإعارة والوصية بالمنافع . أما حق الانتفاع فهو اعم ، إذ يشمل هذا ويشمل أيضا مجرد الانتفاع عن إذن وإباحة فقط من المالك .ثم قال : والأصل أن من ملك المنفعة يحق له تمليكها . بخلاف من أبيحت له إباحة . انظر هامش نظرية الالتزام ص ٤٤.

متبوعة والمنفعة تابعة، مما يستلزم من امتلاك الأعيان امتلاك منافعها تبعا، أما ملك المنفعة دون العين كالإجارة مثلا يفرض دور أخر للتبعية إذ قصد تملك المنفعة لذاتها مما يجعلها المقصود الأصلي للعقد، أما الأصل الناشئة منه المنفعة يأتي تبعا غير مقصود ملكه، وإنما يلتفت إليه كونه وعاء يقصد للاستيفاء، والتحصيل، فالعين بالنسبة للمنفعة جوهر يقوم به العرض كما قال الإمام السرخسي[١] .

الأثر الفقهي الذي يمكن استنتاجه من الكلام السابق؛ **أن الأصل المتبوع يلحق التابع في الحكم عند القصد إلى تملك المنفعة دون العين**، كالعقد على سكنى البيت (المنفعة) مثلا أوجب تبعية عين البيت (المبنى) لها باعتبار القصد إليها، وتوجه العقد عليها .

لذلك نرى الإمام الشاطبي يُنظّر لعلاقة الرقبة بمنفعتها بقوله: "ملك الرقاب لأجل المنافع وإن كانت غير معلومة، ولا محصورة ومنع ملك المنافع خصوصا إلا على الحصر، والضبط والعلم المقيد المحاط به بحسب الإمكان؛ **لأن أنفس الرقاب ضابط كلي لجملة المنافع** فهو معلوم من جهة الكلية الحاصلة بخلاف أنفس المنافع مستقلة بالنظر فيها **فإنها غير منضبطة في أنفسها ولا معلومة أمدا ولا حدا ولا قصدا ولا ثمنا ولا مثمونا**، فإذا ردت إلى ضابط يليق بها يحصل العلم من تلك الجهات أمكن العقد عليها والقصد في العادة إليها فإن أجازه الشارع جاز وإلا امتنع"[٢] وهي الإشكالية ذاتها التي أوردها الإمام العز بن عبد السلام قائلا:" وقد أجاز بعض العلماء الإجارة في الحال، وعلى الحول القابل؛ لأن المنافع لا تكون في حال العقد إلا معدومة، ولا فرق بين المنافع المتعقبة العقد، وبين المنافع المستقبلة، والشافعي رحمه الله يجعل المنافع المستقبلة للعقد المتحدة تابعة، لما يتعقب العقد من المنافع، ويجوز في التابع ما لا يجوز في المتبوع، ويجاب عنه بأن القليل يتبع الكثير في العقود، ولا يجوز أن يجعل معظم المقصود تابعا لأقله فلو أجره عشر سنين، لكان ما يستقبل من مقصود العقد تابعا، لما يتعقب العقد من المنفعة التافهة".[٣]

وجاء الإمام الشاطبي مبينا وجه تبعية الرقاب للمنافع حين قال:" وما ذكر في السؤال من المنافع إذا كانت هي المقصودة، **فالرقاب تابعة إذ هي الوسائل إلى المقصود فإن أراد أنها تابعة لها مطلقا فممنوع بما تقدم وإن أراد تبعية ما فمسلم**، ولا يلزم من ذلك محظور فإن الأمور الكلية قد تتبع جزئياتها بوجه ما، ولا يلزم من ذلك تبعيتها لها مطلقا".[٤]

[1] . (المنفعة عرض يقوم بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ، ولا يخفى على احد التفاوت بينهما..) السرخسي، المبسوط١٤٣/١١.
[2] . الشاطبي، الموافقات ١٧٢/٣.
[3] . العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ١٥٦/٢.
[4] . الشاطبي، الموافقات ١٧٢/٣.

كما أوردها الفقهاء ضمن تطبيقات قاعدة " إعطاء الموجود حكم المعدوم ،والمعدوم حكم الموجود " في جانب المنافع حين قالوا: جعل المعدوم كالموجود في المنافع المعقود عليها في الإجارة ، فإنها تجعل كالموجودة ويورد عليها العقد [١].

بالمقابل نجد براعة الفقه المالكي أثناء تطبيقه لفقه المنافع ، بارزا في مسألة وقف المنفعة، حين جعل المنفعة توقف للغير وليس مجرد الانتفاع الشخصي بها لمالكها ، جاء في الشرح الكبير: (وأراد بالمملوك ما يشمل ملك الذات وملك المنفعة فلذا قال: وإن كان الملك المدلول عليه بمملوك بأجرة كدار استأجرها مدة معلومة فله وقف منفعتها في تلك المدة وينقضي الوقف بانقضائها لأنه لا يشترط فيه التأبيد) [٢]

علاقة ذلك بموضوع البحث أن المنفعة الموصوفة بكونها من توابع الأصل، عند قصدها والعقد عليها تصبح أصلاً تتعلق كافة الأحكام الفقهية بها، وترد التطبيقات عليها؛ وهي نكتة الأصالة والتبعية في فقه المنفعة.

ومثال ذلك العقود والتصرفات التي موضوعها تمليك المنفعة يستحق الثمرة مالك المنفعة. ففي إيجار الدار يكون ثمر الشجر الذي فيها للمستأجر، وكذا في الوصية بمنفعة الدار [٣].

ومن المسائل الهامة في هذا الموضع، مسألة ضمان المنافع، حيث اختلف النظر الفقهي في ضمان المنافع بناء على الاختلاف الفقهي في مالية المنافع بين الحنفية وجمهور الفقهاء، وقد تم تصدير الرسالة ببيان الخلاف في ذلك بين الحنفية؛ الذين لا يعتبرون المنافع أموالا، وبين جمهور الفقهاء الذين قالوا بماليتها؛ وهو الراجح المعتبر، لذلك إن المنافع إذا غصب أصلها فلا تعوض عند الحنفية[٤]، في حين أنها تعوض عند جمهور الفقهاء[٥] فلو أن شخصاً غصب عيناً صالحة للتأجير فترة من الزمن دون إضرار بها، فليس لمالكها الحق بالمطالبة عن التعويض عن أجرتها ؛ لأن المنافع لا تعتبر مالاً دون عقد، في حين يرى الجمهور أن لمالكها الحق في التعويض عن أجرة مثلها؛لأن المنفعة مال متقوم فواجب ضمانها كالعين المغصوبة نفسها[٦]. وأميل إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء؛ لحديث النبي ﷺ قال: **((على اليد ما أخذت حتى**

---

[1] . انظر الونشريسي ،إيضاح المسالك ، قاعدة الحادية والخمسون ، ص٢٤٦ ، البورنو، موسوعة القواعد الفقهية ، القاعدتان السادسة والثلاثون والسابعة والثلاثون .

[2] . الدردير، الشرح الكبير ٤ /٧٦.

[3] . انظر مصطفى الزرقا ، نظرية الالتزام ص ٢٣١.

[4] . ابن عابدين، رد المحتار ٤٨٥/٦.

[5] . الماوردي ، الحاوي ١٦٢/٧، ابن مفلح ، المبدع ١١٨/٥،

[6] . انظر القره داغي ، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد http://qaradaghi.epkss.com/portal سبق أن بينت الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في الفصل الأول .

تؤديه)).[١] **وجه الدلالة:** أنه ليس من شرط الاستيلاء على شيء أن يكون له وجود مستقل، بل يمكن كون الاستيلاء عليه بالتبع، فاليد على العين يد على منفعتها [٢].

وحديث النبي ﷺ: ((الخراج بالضمان))[٣] **وجه الدلالة:** أن الضمان على الغاصب، لأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك[٤].

هذا وقد أصبحت منافع الأعيان أداة مالية تقصد للتمويل والاستثمار وذلك فيما يعرف حديثا بصكوك الإجارة، وهي صكوك ملكية شائعة في أعيان مؤجرة، مملوكة لمالكي الصكوك ويتم توزيع عائد الإجارة على الملاك حسب حصص ملكيتهم، وهي قابلة للتداول وتقدر قيمتها حسب قيمتها السوقية. ويندرج تحت هذه الصكوك عدة أنواع منها: صكوك ملكية المنافع، وصكوك ملكية منافع الأعيان الموجودة أو الموصوفة في الذمة؛ وبعد الاكتتاب في هذه الصكوك تصبح المنفعة مملوكة لحملة الصكوك[٥].

ولا بد من التوقف عندما يجتمع الحلال مع الحرام في المنافع؛ فتكون **بعض المنافع حلالا وبعضها حراما،** فقد أجرى الإمام الشاطبي الكلام فيها على ضربين:

أحدهما: أن يكون أحد الجانبين هو المقصود بالأصالة عرفا.

والجانب الآخر: تابع غير مقصود بالعادة، إلا أن يقصد على الخصوص، وعلى خلاف العادة فلا إشكال في **أن الحكم لما هو مقصود بالأصالة، والعرف،** والآخر لا حكم له؛ لأنا لو اعتبرنا الجانب التابع لم يصح لنا تملك عين من الأعيان، ولا عقد عليه لأجل منافعه؛ لأن فيه منافع محرمة، وهو من الأدلة على سقوط الطلب في جهة التابع.[٦]

وأضاف الإمام ابن شاس توزيعا أخر للمنافع المحللة والمحرمة قائلا: إذا تنوعت منافع المعقود عليه إلى محللة ومحرمة، فإن كانت المنافع المقصودة من العين في أحد النوعين خاصة ، كان الاعتبار بها والحكم تابعا لها. فاعتبر نوعها والحكم، وصار الأخر كالمعدوم ، وإن توزعت في النوعين لم يصح البيع، لأن ما يقابل ما حرم منها من أكل المال بالباطل،وما سواه من بقية الثمن يصير مجهولا، وهذا الحديث يطرد في كون المحرم منفعة واحدة مقصودة ، كما

---

[1] . أخرجه أبو داود في سننه حديث رقم (٣٥٦١) كتاب العارية ، باب : في تضمين العارية ،٣١٨/٢، والترمذي في سننه رقم الحديث (١٢٦٦) كتاب: البيوع ،باب : ما جاء في العارية مؤداه، والنسائي في سننه رقم الحديث : (٥٧٨٣) كتاب :العارية ، باب : المنيحة ، ٤١١/٣، واحمد في مسنده رقم الحديث (٢٠٠٨٦) ،٢٧٧/٣٣. قال الترمذي حديث حسن .

[2] . علي الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ص٨٩.

[3] . سبق تخريجه ص٢٦

[4] . ابن قدامة ، المغني ٥/ ٤٣١.

[5] . حطاب، كمال، الصكوك الاستثمارية والتحديات المعاصرة ،بحث مقدم " مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول " دائرة الشؤون الإسلامية ، والعمل الخيري بدبي، ٣١/ مايو /٢٠٠٩م ص ١٣. ص١٣،١٤. سيأتي الحديث عنها لاحقا .

[6] . الشاطبي ، الموافقات ٣ /١٨٤.

يطرد في كون المنافع بأسرها محرمة، وهذا النوع وإن امتنع بيعه لما ذكرنا من الوجهين ، فملكه صحيح لينتفع مالكه بما فيه من منفعة مباحة .[١]

ويمكن الاستفادة من النصوص السابقة بعرض النقاط التالية:

- ✓ يعد القصد الأصلي محددا من محددات الحكم عند اختلاط الحرام بالحلال في المنافع.
- ✓ يعرف القصد الأصلي من الاتجاه العام للعقد، والغرض الأساسي منه، وهو ما يعبر عنه بالعرف. والكلمة فيه لأهل الخبرة والتخصص في الميدان المقصود .
- ✓ وبالتالي، فالمقصود أصالة ،هو الأصل المتوجه إليه الحكم، والأخر تابعا، لا حكم له، مع العلم أنه قد يقصد المحرم القليل من المنافع، فيأخذ حكم الحرمة بهذا القصد، والعكس صحيح. والله تعالى أعلم بالصواب .

المطلب الرابع: حقيقة الوقف وأثر التبعية في بعض مسائله.

أولا: عرّف الفقهاء[٢] الوقف عدة تعريفات لعل أبرزها تعريف الحنابلة: تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة. [٣]

ويعرف الوقف اقتصاديا بأنه: تحويل للأموال عن الاستهلاك واستثمارها في أصول رأسمالية إنتاجية، تنتج المنافع والإيرادات التي تستهلك في المستقبل جماعياً أو فردياً، فهو عملياً يجمع بين الادخار والاستثمار معاً".[٤]

وهذه التعاريف بمجملها تقرر القصد من الوقف؛ وهو تسبيل المنافع أي تقديم منفعة الوقف للجهة المرادة .

ثانيا: من أبرز المسائل الفقهية الوقفية التي تناولها الفقهاء في متونهم الزاخرة، مسألة وقف المنقول[٥]، حيث اختلفت أنظار الفقهاء في مشروعيته ؛اعتمادا على أصالة المنقول أو تبعيته، على النحو الأتي :

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] إلى جواز وقف المنقول أصالة؛ إذ لم يشترطوا التأبيد لصحة الوقف لديهم، فيصح كونه مؤبدا أو مؤقتا، خيريًّا أو أهليا.

---

[1] . ابن شاس ،عقد الجواهر الثمينة، ٢/٣٣٦-٣٣٧

[2] . تعريف الحنفية: حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة. السرخسي، المبسوط، ٢٧/١٢ ؛ ابن عابدين، الحاشية٣/ ٤٩٣ . المرغناني، الهداية ١٣/٣.

تعريف المالكية: جعل منفعة مملوك ولو بأجره أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحتبس الدردير، الشرح الصغير٤/٩ الخرشي، حاشية الخرشي، بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط.، ١٩٩٧م. ٧ /٧٨ .

تعريف الشافعية: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود النووي ، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٣٧ ، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٦/٢ ،الرملي، نهاية المحتاج٤/٢٥٩

[3]. ابن قدامة، المغني ٨ / ١٨٤ . وقد عرفه منذر القحف : حبس مؤبد أو مؤقت لمال ، للانتفاع المتكرر به أو بثمرته في وجه من وجوه البر العامة أو الخاصة. الوقف الإسلامي تطوره ،وإدارته ،وتنميته .ط١،دار الفكر ،دمشق –سوريه ، ٢٠٠٠م. ص٦٢.

[4] . منذر القحف،الوقف الإسلامي– تطوره، إدارته، تنميه ،دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٢٧هـ– ٢٠٠٦م)، ص٦٦.

[5] . المنقول ما ينقل ويحول .

القول الثاني: ذهب الحنفية[٤] إلى جواز وقف المنقول إذا كان تابعا للعقار، ولا يجوز وقفه قصدا أي مستقلا، الإ أن الإمام محمد بن الحسن قال: يجوز وقف كل منقول جرى فيه التعامل[كالفأس، والقدوم، والمنشار، والقدور، والجنازة، والمصاحف، والكتب]، والفتوى على قول الإمام محمد.

جاء في تحفة الفقهاء: فأما في المنقول هل يجوز وقفه؟ إن كان تبعا للعقار كالثيران، وآلات الحراثة، والعبيد فإنه يجوز، ويجعل وقفا، ويكون ملكا لعامة الفقراء كعبيد الخمس في الغنائم.
وأما إذا كان مقصودا فإن كان مما يجري فيه التعامل، وهو معتاد فيما بين الناس: يجوز عندهما، خلافا لأبي حنيفة وذلك نحو الكراع، والسلاح في سبيل الله، ولا نحو المر والقدوم لحفر القبور، وكثياب الجنازة ونحوها.[٥]

ولمن وقف على الاجتهاد الحنفي في مسألة وقف المنقول؛ تبين له كيف أعمل أئمة الحنفية مسألة الأصالة والتبعية ؛ ذلك أنهم نظروا إلى جواز وقف المنقول تبعاً للعقار؛ كآلات الحراثة توقف مع العقار ، حيث نظروا إلى التبعية من زاوية المصلحة المحققة للعقار بوقف ما يحقق هذه المصلحة ،بالمقابل نظر الإمام محمد إلى جواز وقف المنقول أصالة أي مستقلا غير تابع لأصل، واستمد هذه الأصالة من العرف المتعامل فيه، أو الحاجة الداعية لوقف المنقول الذي يتطلبه الواقع المعاش ويحقق غايات ومقاصد الناس من هذه الأوقاف .
وقد جعل الحنفية وقف المنقول التابع للعقار من أبواب الاغتفار، جاء في شرح القواعد: (مما يتفرع على هذه القاعدة ... ومنه: ما لو وقف العقار ببقره وأكَرَته يصح، ويغتفر دخول البقر والأكارين تبعًا، لأنهما من حوائج المتبوع ولوازمه، وعليه الفتوى).[٦] ذلك لأن الحنفية يشترطون التأبيد في الوقف فحصروه في العقار ثم اغتفروا هذا الشرط في المنقول التابع .
فإذا كان وقف المنقول وحده مستقلا مقصودا متعاملا عليه بأن كان نوعه قد اعتاد الناس وقفه وتعارفوه؛ كوقف الكتب والمصاحف ونحو ذلك مما تعارف فيه الناس عمل البر في سبل العلم؛ فوقفه صحيح على قول الإمام محمد استحسانا للعرف خلافا للإمام أبي يوسف ، وقول الإمام محمد هو المختار للفتوى والقضاء؛ لأن العرف مصحح فيما لا يصادم نصا قاطعا، وأحكام

---

[1] . انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي ٧٥/٤وما بعدها، ابن جزي، القوانين الفقهية ص٢٤٣.
[2] . حاشية قيلوبي وعميرة ٩٨/٣-٩٩
[3] .ابن قدامة ، المغني ١٩٠/٦.
[4] . انظر ابن عابدين ، رد المحتار ٣٩٠/٤-٣٩٢ .الموصلي، الاختيار لتعليل المختار ٢٩/١.
[5] . السمرقندي ، تحفة الفقهاء ٣ / ٣٧٨
[6]. الزرقا، شرح القواعد ص ٢٢٩.

الوقف اجتهادية، فالعرف فيها معتبر بناء على القاعدة الفقهية: (العادة محكمة)، وقولهم: (القياس يترك بالتعامل) [١].

والذي يترجح لدي جواز وقف المنقول مطلقا ، أصالة وتبعية، للحاجة والمصلحة التي جاء فقه الوقف لتقريرها ، قال الدكتور الفرفور في بحثه: قضية كهذه تعتمد قوة المدرك، ولا تعتمد على العرف ولا على غيره، والمدرك هنا يشير إلى الجواز، ولا سيما في عصرنا هذا الذي أضحى الناس فيه محتاجين إلى التوسع، ولا سيما الوقف الخيري الذي هو من أعظم القربات إلى الله عز وجل [٢].

ثالثا: وقف النقود والمنافع والحقوق:

وقف النقود في الاصطلاح: حبس النقود وتسبيل منفعته المتمثلة في الأرباح الناتجة عن استثماره.[٣]

وقد اختلف الفقهاء في مسألة وقف النقود وما في حكمها من المنافع والحقوق، على قولين في العموم :

القول الأول : الجواز وهو رأي المالكية[٤] ورواية عن زفر وبعض من فقهاء الحنفية[٥]، وقول عند الشافعية[٦] والحنابلة في رواية [٧] اعتمدها الإمام ابن تيمية [٨].

القول الثاني :عدم الجواز وهو رأي غالب فقهاء الحنفية[٩] والشافعية في القول المعتمد[١٠] والحنابلة على الرواية الراجحة [١١]. جاء في فتح القدير: "وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف؛ كالذهب، والفضة، والمأكول، والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء، والمراد بالذهب

[1] . محمد الفرفور، بحث وقف النقود ، مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد ١٣. نقلا من كتاب أحكام الأوقاف للشيخ الزرقا٤٧/١ وما بعدها .

[2] . محمد الفرفور ، بحث وقف النقود ، مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد ١٣.

[3] . محمد لبيا، محمد إبراهيم نقاسي، بحث نظام وقف النقود ودوره في تنمية المرافق التربوية والتعليمية، مقدم إلى مؤتمر عالمي عن: قوانين الأوقاف وإدارتها: وقائع وتطلعات، خلال الفترة ما بين: ٢٠ – ٢٢ أكتوبر ٢٠٠٩م، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، ص٣

[4] . الخرشي، حاشية الخرشي٨٠/٧.

[5] . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ٢١٩/٦

[6] . النووي، روضة الطالبين٥ / ٣٤٧.

[7] . البهوتي، شرح منتهى الإرادات ١٢٤/٧.

[8] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٣٤/٣١.

[9] . الكاساني، بدائع الصنائع ٣٤٩/٦.

[10] . الشيرازي ، المهذب١/ ٤٤٧. الكرمي ، دليل الطالب ١٨٦/١.

[11] . ابن مفلح ، المبدع ٢٧٣/٥، ابن قدامه، المغني، ٦ /٢٦٢.

والفضة؛ الدراهم والدنانير وما ليس بحلي"[١]. وجاء في الفتاوى الهندية: "ولو وقف دراهم، أو مكيلا، أو ثيابا لم يجز"[٢].

وحجة المانعين ذكرها ابن قدامة في مغنيه: "لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف، لا يصح فيه ذلك وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها، ولا يصح لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان، ولهذا لا تضمن في الغصب".[٣]

ويبدو أن الراجح: القول بجواز وقف النقود وما في حكمها؛ لأن تحبيس الأصل متحقق في أصل النقود حكما، فالنقود تذهب وتستبدل بالتجارة والاستثمار وتحقق الربح والعائد المقصود، لكن في النهاية يبقى أصل المال حكما، ولا شك أن وقف النقود يحقق من المصالح ويسهم في سد طاقات الفقر الكثير في الواقع المعاش .

وإن قيل إن النقود تتعرض للمخاطرة بالخسارة، هو ذاته ما قد تتعرض له الأعيان المالية بالهلاك والتلف، ويمكن التحوط لمسألة وقف النقود بدراسات الجدوى قبل الإقدام على المشاريع الاستثمارية .

قال الإمام ابن عاشور: "عقود التبرعات قائمة على أساس المواساة بين أفراد الأمة الخادمة؛ لمعنى الأخوة فهي مصلحة حاجية جليلة، وأثر خلق إسلامي جميل، فبها حصلت مساعفة المعوزين، وإغناء المفترين، وإقامة الجمّ من مصالح المسلمين"[٤] كما أن في وقف النقود ضمان بقاء المال ودوام الانتفاع به، والاستفادة منه مدة طويلة، وذلك باسثماره وصرف ريعه في أوجه البر والخير.[٥]

وقد عدد الدكتور الفرفور، أسباب ترجيحه جواز وقف النقود، وأرى من المناسب ذكرها تتميما للفائدة [٦] :

أولها: لأن النقود لم يعد لها المفهوم السابق من حيث إنها أموال سائلة وغير ثابتة، فالنقود باعتبار بقاء قيمتها في أمثالها أموال ثابتة من هذا الوجه .

وثانيها: لأن النقود مثلية، ومثل الشيء ذاته، ولا تتعين بالتعيين،وبدلها يقوم مقامها تماما، ومع التسليم بأن الاستفادة الصحيحة تقتضي تقليبها، فإن ذلك لا يقتضي أبدا إهلاك عينها وذهابها بالكلية، فهي باقية بوجه دائم .

---

[١] . ابن الهمام، فتح القدير ٢١٨/٦ .
[٢] . نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية٣٦٢/٢ .
[3] . ابن قدامه، المغني ٦ /٢٦٢.
[4] . ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص٤٨٧.
[5] . محمد لبيا، محمد إبراهيم نقاسي، بحث نظام وقف النقود ودوره في تنمية المرافق التربوية والتعليمية ص٧.
[6] . محمد الفرفور ، بحث وقف النقود، مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد ١٣

وثالثها: إنما قصد من قال بوقف النقود اعتبار النقد أصلا قائما يستغل أو ينتفع به مع بقائه، وهذا معنى قولهم: " الوقف تحبيس الأصل مع تسبيل الثمرة " .

كما حصل خلاف واسع بين العلماء المعاصرين[1] في مسألة وقف الحقوق والمنافع ،مرد ذلك يرجع إلى اشتراط جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة عينية الموقوف[2]؛ لتحقيق شرط تحبيسه وإطلاق منافعه للجهة الموقوفة، مؤبدة أو مؤقتة ، لذلك يمكن القول إن مسألة الأصالة والتبعية تأتي لتقدم حلا اعتباريا يكمن في فرض علاقة الأصل مع فوائده المقصودة من الوقف، سواء كان هذا الأصل عينا، أم منفعةً، أم حقا ، ذلك أن الفوائد الناشئة المقصودة بالوقف من هذه الأصول تعد تابعة لها، وما أن تنتهي مدة الوقف المؤقت حتى ترجع هذه الفوائد المقصودة إلى أصولها من منافع وحقوق، فالتحبيس يتصور في أصول المنافع والحقوق كما يتصور في الأعيان .واشتراط العينية –عند الفقهاء القدامى– قصد به تحبيس الأصل لدوام أطلاق منافعه لصالح المستحقين ، وذلك لأن جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) اشترطوا تأبيد الوقف لغاية لدوام تحبيس الأصل وتسبيل المنافع ،خلافا للمالكية الذين ذهبوا إلى جواز التأقيت[3] ، بحيث يعتبر الفقه المالكي أوسع المذاهب في تجويز وقف المنافع والحقوق والنقود[4] ولكن ترى الباحثة أن المعنى يتحقق في الحقوق والمنافع، فهي تحبس أصولها لينتفع المستفيد من الوقف من الفوائد على سبيل التأبيد، أو التأقيت حسب طبيعة الوقف.

جاء في المبدع: "ولا يصح إلا بشروط أربعة **أحدهما أن يكون في عين** يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائما مع بقاء عينها كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح".[5] وبهذا يرى أن اشتراط الأعيان لمقصد أمكانية تداول الموقوف ودوام الانتفاع به، وهو ما يتحقق في الحقوق والمنافع والأموال على حد سواء.

وقد برزت في الآونة الأخيرة عدد من التطبيقات النيرة في القطاع الوقفي النقدي مثل إنشاء مشاريع استثمارية وخدمية وقفية، قائمة على الصكوك الوقفية ،وصكوك الإجارة، تتبني فكرتها؛ على إصدار هذه الصكوك بقيم اسمية وطرحها للاكتتاب العام لتجميع المال اللازم لإقامة المشاريع، والمكتتبون أرباب المال، وهم الواقفون، وحصيلة الاكتتاب هي المال الموقوف يصرف في إنشاء وبناء المؤسسات التعليمية كالجامعات، والمعاهد، والمدارس، والمؤسسات

---

[1] .انظر مثلا الأبحاث التي قدمت في وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة مع ردود المحاضرين(.قطب سانو، صهيب الغفار، الشيخ أحمد احمد) وتعقيبات الباحثين على هذه الأبحاث، في منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي عقد في الكويت. ١٢٧-٢٧٨(مرجع سابق)

[2] . انظر الكاساني، بدائع الصنائع ٢٢٠/٦،النووي، روضة الطالبين ٣٧٨/٤، ابن تيمية، المحرر في الفقه ٣٦٧/١.

[3] . انظر السرخسي ،المبسوط ٤/١٢ ،ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة٣٧/٣، عبد الوهاب ، التلقين ٢١٦/٢ ، الحاوي، الماوردي ٥١٨/٧، ابن مفلح، الفروع ٥٨٨/٤. الكرمي ، دليل الطالب ١٨٧/١.

[4] . انظر القرافي، الذخيرة ٣١٥/٦، حاشية الدسوقي ٤٥٥-٤٥٧.

[5] . ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٥ / ٢٣٦.

الخدمية كالمستشفيات،أو وسائل نقل، كالطائرات، أو الباصات، أو سيارات الأجرة، فإذا تم الاكتتاب بعد الإطلاع على نشرة الإصدار التي تتضمن بيان جميع أوصاف الأعيان التي يراد ستثمارها، أو شراؤها ثم تأجيرها، بحيث توقف المنافع، والأرباح لصالح المستحقين[١].

تعد الحقوق أموالا يمكن تحبيس منافعها المعنوية والمادية على حد سواء، ومن ابرز تطبيقاتها

أولا: وقف الحقوق المعاصرة؛ حق الملكية الفكرية فمن ألف كتابا، فانه يغدو مالكا لمنافعه المعنوية المتمثلة في الأفكار، ومنافعه المادية المتمثلة في العوائد الربحية، لذلك يجوز توقيف منافع هذه الحقوق لمستحق ينتفع بها لفترة مؤبدة أو مؤقتة .

ثانيا : حق الطريق (وهو حق العبور المجاني)، وذلك أن يجعل صاحب جسر أو معبر حق العبور المجاني لمستحق خاص أو عام مدة ما يراه [٢].

أما في ما يتعلق بملكية غلة الوقف، قد اتفق الفقهاء جميعًا على أن ملكيتها للموقوف عليهم[٣].

---

[1] . **التطبيق الأول: إنشاء مشروع استثماري قائم على الصكوك الوقفية:**
تقوم فكرة الطريقة الأولى على إنشاء شركة على أساس صكوك المضاربة مثلا ثم تحديد مشروع استثماري وتحديد حجم التمويل اللازم له، ثم يتم إصدار الصكوك بقيم اسمية وطرحها للاكتتاب العام لتجميع المال اللازم لإقامة المشروع، والمكتتبون أرباب المال وهم الواقفون، وحصيلة الاكتتاب هي رأس مال المضاربة وهو المال الموقوف، وما ينتج عن عملية المضاربة من الأرباح يقسم إلى قسمين: قسم يوزع على الجهة التي تدير المشروع كأجر مقابل العمل، والقسم الثاني يصرف على المرافق التربوية والتعليمية كمنح دراسية للطلاب أو مرتبات للمحاضرين والمعلمين أو لبناء مدارس وجامعات وصيانتها وطباعة الكتب وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالتربية والتعليم.
التطبيق الثاني: إنشاء مشروع استثماري خدمي:
تقوم فكرة الطريقة الثانية على إنشاء شركة تقوم بإصدار صكوك وقفية وطرحها للاكتتاب العام، فالمكتتبون هم الواقفون، وحصيلة الاكتتاب هي المال الموقوف يصرف في إنشاء وبناء المؤسسات التعليمية كالجامعات والمعاهد والمدارس، وتُزود هذه المؤسسات التربوية والتعليمية بأحدث وسائل التعليم ومحاضرين ومدرسين من ذوي الكفاءات العالية، وتقسم المقاعد الدراسية إلى قسمين: قسم يُخصص لأبناء الفقراء والمحتاجين من ذوي الدخل المحدود يدرسون مجاناً، والقسم الثاني من المقاعد يُخصص لأبناء الميسورين الذين لهم القدرة على دفع تكاليف الدراسة، وبهذا تستطيع المؤسسات التربوية والتعليمية القائمة على أساس الصكوك الوقفية أن تقدم الخدمات التعليمية المجانية لأبناء الفقراء وذوي الدخل المحدود، وفي ذات الوقت تكون مؤسسات استثمارية خدمية لكونها تقدم الخدمات التعليمية للمقتدرين مقابل دفع الرسوم الدراسية.
التطبيق الثالث: صكوك الإجارة، ودورها في الاستثمار:
إذا أرادت الجهة المخولة بإدارة الوقف أن تستثمر النقود الموقوفة في صكوك الإجارة فبإمكانها إصدار صكوك تُمثّل أعياناً موجودة أو غير موجودة وقت إصدار الصكوك وطرحها للاكتتاب العام، وقد تكون هذه الأعيان عقاراً، أو معدات، أو أجهزةً، أو مصنعاً، أو وسائل نقل، كالطائرات أو الباصات أو سيارات الأجرة، فإذا تم الاكتتاب بعد الإطلاع على نشرة الإصدار التي تتضمن بيان جميع أوصاف الأعيان التي يراد شراؤها ثم تأجيرها، ومدة الإجارة وسعر الأجرة وغير ذلك من المعلومات اللازمة، وبعد ذلك تقوم الجهة المصدرة بشراء الأعيان حسب المواصفات المبينة في نشرة الإصدار بالمبالغ المتحصلة من الاكتتاب في الصكوك، ثم تعقد عقد إجارة على الأعيان التي تم شراؤها بالأجرة المتفق عليها في نشرة الإصدار، وبهذا يكون حملة الصكوك (المالكون للأعيان) الواقفون والأعيان المؤجرة المال الموقوف ويُصرف ريعها في أوجه الخير والبر ككفالة اليتامى والعجزة وطلاب العلم ودعم المدارس والجامعات والمعاهد والمستشفيات.
التطبيق الرابع: وقف الودائع النقدية:وهي تأخذ حكم النقود، فإذا كانت حسابا جاريا فيصرف منه حسب شروط الواقف. إما للاقتراض منه ورد مثله بإذن من الواقف أو الناظر،أو للصرف على الجهات التي يحددها الواقف. أما إذا كانت ودائع استثمار فيكون في الغالب أصل الوديعة هو الموقوف وريعه من ربح سنوي هو الذي يتم توزيعه على المستفيدين حسب شروط الواقف. انظر :د. محمد ليبا. محمد إبراهيم نقاسي، بحث نظام وقف النقود ودوره في تنمية المرافق التربوية والتعليمية. ص٩-١٠. العياشي فداد ، مسائل في فقه الوقف، دورة دور الوقف في مكافحة الفقر ،المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية ،٢٠٠٨، جدة ،ص١٦.

[2] . انظر بحث قطب سانو، وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة ١٤٣-١٤٥، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، في الفترة من ١١-١٣ ربيع الثاني ١٤٢٨هـ ،ط١،الأمانة العامة للأوقاف، الكويت ، ٢٠٠٧م

[3]. انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء٣/٣٧٥ ، الكمال ابن الهمام، فتح القدير٦/ ٢٠٦، الدردير، الشرح الصغير٥/٤٢٣ الصاوي، بلغة السالك٥/٤٢٣-٤٢٤، النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، ص ٢٣٧ ، الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٣٨٩ ؛ ابن قدامة، المغني٨/١٨٦ .انظر دورة دور الوقف في مكافحة الفقر)، نواكشوط- ١٦-٢١ مارس ٢٠٠٨، المعهد العالمي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ، جدة ص١٣.

انطلاقا من نظر الفقهاء في ملكية الأصل الموقوف وغلاته، يمكن تحديد علاقة الوقف بالتبعية؛ وذلك في مسألة ملكية غلات الأوقاف وفوائدها، بحيث يحرص القائم على إدارة شؤون الأوقاف[١] المحافظة على الأصول الوقفية من العوائد الناتجة من هذه الأصول، باعتبار هذه العوائد(من أرباح ومنافع وغيرها) تابعة لأصولها لتولدها منها، وبذلك تقدم على المستحقين(الأشخاص أو الجهة الموقوف لأجلهم)، ومن أوجه المحافظة على الأصول الوقفية ؛ الترميم والصيانة ، والحماية من الخسارة (إذا كان الموقوف مالا) وذلك بإتباع كافة وسائل التحوط والحفظ المرعية للمحافظة على هذه الأصول .

وقد ذهب عامة الفقهاء إلى تقديم أولوية المحافظة على الأصل الموقوف وعمارته، على الصرف على المستحقين، سواء شرط ذلك الواقف، أو لم يشترط [2].

وقد قرر ابن عابدين قاعدة جليلة في المسألة حين قال: "عمارة الأعيان الموقوفة مقدمة على الصرف إلى المستحقين"[3]. وجاء في الأشباه والنظائر: "على أنه لو شرط الواقف استواء العمارة بالمستحقين لم يعتبر شرطه، وإنما تقدم عليهم"[4].

قال الإمام النووي:"وظيفة المتولي العمارة، والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات"[5].

ويبدو أن الإشكالية الفقهية عند الفقهاء في مسألة وقف المنافع والحقوق والنقود، هو فقدان عنصر العينية، والنقود تزيد على المنافع والحقوق بمشكلة استهلاكها وذهاب أصلها، عند وقفها، وترى الباحثة أن قاعدة الأصالة والتبعية تقدم حلا لهذه الإشكالية؛ وذلك باعتبار المنافع والحقوق والنقود أصولا مالية لها قيمتها في التبادل والانتفاع عرفا وتعاملا، وهي توازي عينية الرقبة في الوقف، فالأصل ما تفرع ونشأ عنه غيره، وكما هو معلوم أن القصد الأول من الوقف هو حبس الأصل وتسبيل المنفعة أو الثمرة، وهو ذاته ما يتحقق في أصول المنافع والحقوق والنقود، وتأتي قاعدة التبعية لتعرّف بتوابعها المقصودة بالوقف وهي الغلات والفوائد والأرباح وغيرها، بحيث يملكها المستحقين قصدا؛ لأن الواقف لم يقصد من وقفه العيني والأصلي إلا تمليك أو انتفاع المستحقين لثمرات ومنافع هذه الأصول، فما منافع الأعيان وكافة الثمرات والأرباح والنتاج

---

[1] . وهي الأجهزة الإدارية المشرفة التي تتولى تصريف شؤون الوقف والمحافظة عليه وتعزيز قدرته على خدمة أهدافه، سواء أكان كالناظر أو وصيه أم مجلسا كمجلس الإدارة أو الجمعية العمومية. انظر مسائل في فقه الوقف، دورة دور الوقف في مكافحة الفقر ،المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ،٢٠٠٨، جدة.وقد فصلت هذه الورقة البحثية في عمارة أعيان الأوقاف . ص٢٥-٢٨.

[2] انظر: ابن عابدين، حـــاشية ابن عابدين ٤ /٣٦٦، الحموي ،غمز عيون البصائر٢/٢٢٥، النووي، روضة الطالبين٥ / ٣٤٨ ؛ الشربيني، مغني المحتاج ٢ /٣٩٤ ؛ الماوردي، الإنصاف ٧ /٦٧ .

[3] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٦٧.

[4] ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ٢٠١.

[5] النووي، روضة الطالبين٥ / ٣٤٨.

المتولد من الأصول الإ توابع نشأت وتولدت من الأصل، وهي التي توجه القصد إليها أصالة لتمليكها وانتفاع المستحقين لها، تبرعا خالصا من الواقف.

هذا ما قرره الإمام الشاطبي في تأصيله النيّر في تبعية المنافع للرقاب وتبعية الرقاب للمنافع، حسب المقصود المتوجه إليه العقد:

(العقد على الأصول مع منافعها وغلاتها، والعقد على الرقاب مع منافعها وغلاتها؛ فإن كل واحد منهما مما يقصد في نفسه فللإنسان **أن يتملك الرقاب ويتبعها منافعها،** وله أيضا أن يتملك **أنفس المنافع خاصة وتتبعها الرقاب** من جهة استيفاء المنافع **ويصح القصد إلى كل واحد منهما؛** فمثل هذه الأمثلة يتبين فيها وجه التبعية بصور لا خلاف فيها وذلك أن العقد في شراء الدار، أو الفدان، أو الجنة، أو العبد، أو الدابة، أو الثوب، وأشباه ذلك جائز بلا خلاف وهو عقد على الرقاب لا على المنافع التابعة لها)[1]

وقد حرص الدكتور صهيب الغفار الانطلاق من قاعدة التبعية، عند بحثه مشروعية وقف المنافع والحقوق، مستنيرا بعبارات الإمام الشاطبي في موافقاته، بحيث استخلص ست نقاط، اعتمد عليها في قوله بجواز وقف المنافع والحقوق، وهي [2].

١. من الجائز العقد على المنافع مع تبعية الأعيان لها، وهي وإن كانت مجهولة وقت العقد صح التعاقد عليها مع الأصل، ولكن لم يجز إذا انفردت .

٢. المقصود من الأعيان هو المنافع، وهي كالأوصاف للأعيان .

٣. ما دامت المنافع هي مقصودة كالأوصاف للأعيان، فذلك لا يتصور استقلالها، الإ مع تبعية الأعيان لها .

٤. من المنافع ما هي أوصاف فلا تستقل بنفسها ومنها ما هي نتاج أو فوائد؛ كالثمرة للشجرة والمال المكتسب للعبد فثبت الاستقلال لها .

٥. وهناك نوع ثالث له صلة بالقسم الأول (الأوصاف) من ناحية وبالقسم الثاني (النتاج) من ناحية أخرى وهو كالقسم الثاني في الحكم .

٦. بما أن التعدي على المنافع يصل ضرره إلى الأعيان فلذلك له حكم الغصب.

وقال الشيخ احمد محمد في معرض تأكيده أهمية وقف المنافع والحقوق: حفظ الحقوق المعنوية، والمنافع باعتبارها أصولا وقفية بل ونمائها باعتبارها أصولا منتجة، وحفظها يعني

---

[1] . الشاطبي، الموافقات ٣/١٦٤.
[2] . صهيب عبد الغفار، بحث وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، ص١٨٤-١٨٥.

عدم التصرف في هذه الأصول وبقائها، والإنفاق من ريعها، وثمراتها مما يحقق الصالح العام .[١] بهذا الكلام قرر الشيخ أصالة المنافع، والحقوق بوصفها أصولا وقفية، كما وصف ما يخرج منها من ريع وثمرات(أصولا منتجة)، وجعل سبيل حفظ الأصول الوقفية؛ بعدم التصرف فيها والإنفاق من ريعها؛ مرد ذلك في نظري حقيقة نماء المنافع، والحقوق باعتباره تابعا لأصوله، ينفق منه على حفظ الأصل ذاته لتولده منه وأحقيته به، ثم ذهابه إلى المستحقين.

قال الإمام الشاطبي مستندا إلى استقراء الشريعة:(إن العقد على المنافع بانفرادها يتبعها الأصول من حيث إن المنافع لا تستوفى إلا من الأصول، فلا تخلو الأصول من إبقاء يد المنتفع عليها، وتحجيرها عن انتفاع صاحبها بها؛ كالعقد على الأصول سواء، وهو معنى الملك، إلا أنه مقصور على الانتفاع بالمنافع المعقود عليها، ومنقض بانقضائها، فلم يسم في الشرع، ولا في العرف ملكا، وإن كان كذلك في المعنى؛ لأن العرف العادي والشرعي قد جرى بأن التملك في الرقاب هو التملك المطلق الأبدي الذي لا ينقطع إلا بالموت، أو بانتفاع صاحبها بها، أو المعاوضة عليها).[٢] وهذا الكلام عن الأصول والمنافع، وان كان محله المعاوضة، إلا انه يصلح في التبرع من باب أولى.

ومن المسائل الوقفية التي تبرز علاقة الأصل الموقوف بتوابعه، ما يسمى استثمار المخصصات والأموال المتجمعة من الريع[٣].

وهي الأموال المحتجزة من الريع مقابل استهلاك الأصول "مخصص الإهلاك"، أو الصيانة وإعادة الإعمار، أو ديون الوقف على الغير ويشك في تحصيلها "الديون المعدومة"[٤]. وهي عبارة عن نسب معينة تقتطع من الريع حسب ما تقتضيه القواعد والأعراف المحاسبية. أما الأموال المتجمعة فهي ما تجمع من الريع وتأخر صرفه لسبب من الأسباب. ويتضح بأن المخصصات أموال محجوزة للوقف لإصلاحه وصيانته من أجل استمراره تحقيقا لمقصد الوقف القائم على تأبيد الأصل وتسبيل المنفعة، ويلحق بها الأموال المتجمعة التي لم تصرف، وكذلك ما في حكم هذه الأموال كقيمة ضمان متلفات الوقف وغصبه. **وهي بهذا تابعة للأصل وتأخذ حكمه أي حكم استثمار الأصل الموقوف**[٥]. وهو ما أكد عليه منتدى قضايا الوقف حيث نص على جواز استثمار

---

[1] . وقف الحقوق يتصور في: الاسم التجاري، العنوان التجاري ،العلامة التجارية ،التأليف ، الاختراع ، الابتكار وغيرها) الشيخ احمد محمد، بحث وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة، أعمال مندى قضايا الوقف الفقهية الثالث،ص٢٢٨.

[2] . الشاطبي، الموافقات ١٧٣/٣.

[3] . العياشي فداد، مسائل في فقه الوقف ص٣٦.

[4] . العياشي فداد ، مسائل في فقه الوقف ص٣٦.نقلا عن الشعيب، خالد عبد الله، استثمار أموال الوقف، ص٩ .

[5] . المرجع السابق .

هذه المخصصات، والريع المتجمع وإعطائه حكم الأصل[1]. وقد صدر قرار منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث على النحو الأتي:

(يجوز وقف المنافع، والحقوق لعموم النصوص الواردة في مشروعية الوقف، لتحقيقه لمقاصد الشارع من الوقف ما دامت المنافع، والحقوق متقومة شرعا)[2].

كما قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية) الموافق٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩م. قرار رقم ١٨١(١٩/٧):

بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر في البند الثاني ما يأتي:

(وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع ووحدات الصناديق الاستثمارية):

١. إن النصوص الشرعية الواردة في الوقف مطلقة يندرج فيها المؤبد والمؤقت، والمفرز والمشاع، والأعيان، والمنافع، والنقود، والعقار والمنقول؛ لأنه من قبيل التبرع وهو موسع ومرغب فيه .

٢. يجوز وقف أسهم الشركات المباح تملكها شرعا، والصكوك، والحقوق المعنوية، والمنافع، والوحدات الاستثمارية؛ لأنها أموال معتبرة شرعا .

٣. تترتب على وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع وغيرها أحكام من أهمها:

- الأصل في الأسهم الوقفية بقاؤها واستعمال عوائدها في أغراض الوقف وليس المتاجرة بها في السوق المالية فليس للناظر التصرف فيها الإ لمصلحة راجحة أو بشرط الواقف، فهي تخضع للأحكام الشرعية المعروفة للاستبدال.
- لو صفيت الشركة، أو سددت قيمة الصكوك فيجوز استبدالها بأصول أخرى كعقارات أو أسهم وصكوك أخرى بشرط الواقف أو المصلحة الراجحة للوقف.
- إذا كان الوقف مؤقتا بإدارة الواقف يصفى حسب شرطه.
- إذا استثمر المال النقدي الموقوف في شراء أسهم أو صكوك أو غيرها، فإن تلك الأسهم والصكوك لا تكون وقفا بعينها مكان النقد،ما لم ينص الواقف على ذلك، ويجوز بيعها للاستثمار الأكثر فائدة لمصلحة الوقف، ويكون أصل المبلغ النقدي هو الموقوف المحبس.

---

[1] . العياشي فداد ، مسائل في فقه الوقف ص٣٦.نقلا عن بند (٨) ، (٩) من قرارات وفتاوى المنتدى الأول لقضايا الوقف الفقهية.

[2] قرار(١) منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، ص٤٠٥.

- يجوز وقف المنافع، والخدمات، والنقود نحو خدمات المستشفيات، والجامعات، والمعاهد التعليمية، وخدمات الهاتف، والكهرباء، ومنافع الدور، والجسور، والطرق.
- لا يؤثر وقف المنفعة لمدة محددة على تصرف مالك العين بملكه، إذ له كل التصرفات المباحة شريطة المحافظة على حق الوقف في المنفعة .
- ينقضي وقف الحقوق المعنوية بانتهاء الأجل القانوني المقرر لها .
- يقصد بالتوقيف أن تكون للوقف،مدة ينتهي بانقضائها ، ويجوز التوقيف، بإدارة الوقف في كل أنواع الموقوفات .
- يمكن لمن حاز أموالا مشبوهة أو محرمة لا يعرف أصحابها أن يبرئ ذمته ويتخلص من خبثها بوقفها على أوجه البر العامة في غير ما يقصد به التعبد، من نحو بناء المساجد أو طباعة المصاحف ، مع مراعاة حرمة تملك أسهم البنوك التقليدية الربوية وشركات التأمين التقليدية.
- يجوز لمن حاز أموالا لها عائد محرم أن يقف رأس ماله منها، والعائد يكون أرصادا له حكم الأوقاف الخيرية؛ لأن مصرف هذه العوائد والأموال إلى الفقراء والمساكين، ووجوه البر العامة عند عدم التمكن من ردها لأصحابها. وعلى متولي الوقف أن يعمل بأسرع على أن يستبدل بهذه الأموال ما هو حلال شرعا، ولو خالف بذلك شرط الواقف إذ لا عبرة بشرط الواقف إذا تعارض مع نص الشارع.

المبحث الثاني: التبعية باعتبار الملكية.

الملك لغة: الميم واللام والكاف أصلٌ صحيح يدلُّ على قوّةٍ في الشيء وصحة، فالمِلْك: ما مُلِك من مالٍ.[١]

والملك اصطلاحا: اختصاص حاجز يسوَّغ صاحبه التصرف الإ لمانع[٢]. وبناء عليه عندما يملك الإنسان المال يختص بكافة وسائل الانتفاع، والتصرف المشروعة له، ومنها ما يتعلق بمسوغات ملك توابع المال عند انتقالها بين المتعاقدين بالتبادل العقدي، فتأتي توابع الأموال لتمثل مكملات الملكية؛ لأن ملكية المعقود عليه تتوجه نحو أصول الأموال عادة، بوصفها مقصودة أصالة، أما توابعها فتقصد تبعية .

واسترشد بقاعدة شرعية فريدة في رفعة المنهج الرباني على مناهج المربوبين قال الإمام الجويني: **الأملاك محترمة لحرمة ملاكها.**[٣] ومن سبل احترام هذه الملكية المصونة شرعا جلاء ما يتبع أصل المال عند العقد .

وقد أفرد الفقهاء بابا أسموه "بيع الأصول والثمار"؛ والأصل ما يتفرع عنه غيره؛ مثل الأرض، والدور، والبساتين ونحوها، معتمدين على المبدأ الشرعي القاضي بأن " من ملك شيئاً ملك توابعه".[٤]

ويأتي النوع الثاني من التبعية ليسلط الضوء، على ما يتبع أصول الأموال من مشتملات وملحقات عند العقد عليها، وذلك من خلال ملاحظة المعنى المؤثر في كل نوع منها على حدا.

المطلب الأول: مشتملات الأصول[٥]

حفِظَ الشرع الإسلامي حقوق المتعاقدين عند إبرام معاملاتهم المالية، مراعيا في ذلك رغباتهم وشروطهم في العقود الموافقة للمنهج الشرعي القويم، فمثلا جعل بعد تمام عقد البيع لزوم تسليم المبيع المعقود عليه بكافة توابعه؛ وقد جاءت المدونات الفقهية زاخرة بقواعد محددة لضبط علاقة التوابع بأصولها. وهو ما ستكشف عنه الفقرات التالية :

---

[1] . ابن فارس ،معجم مقاييس اللغة ٢٨١/٥.

[2] . مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ١/ ٣٣٣.

[3] . الجويني ، غياث الأمم في التياث الظلم ١/ ١٩٦.

[4] .انظر مغني المحتاج ٦٥،٦٦/٢ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٧٧/٥، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٤٩/٤،ابن ضويان ، منار السبيل ٣٣٤/١.

[5] . وشمل لغة : تعني دوران الشيء بالشيء وأخذه إياه من جوانبه، وشملهم الأمر يشملهم إذا عمهم. ومنها : مشتملات الشيء: إذا كان الموضوع منزلا، مع كل ما يتبعه من منقول وعقار. وقد تدل على أمتعة الشخص ومنقولاته الخاصة. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ١٦٧/٣، الجوهري، الصحاح في اللغة ١/ ٣٦٨،الفاروقي، حارث سليمان، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت،١٩٩٥م، ١٥٠/١.

الفرع الأول: تبعية المسمى والجزئية

توجهت أنظار الفقهاء إلى أن ما يدخل في مسمى المبيع، أو يعد جزء مكونا منه، يتبع المعقود عليه، ويحكم فيه للمشتري عند النزاع ؛ لأنه يعبر عن حقيقة الأصل، وماهيته، ويعد جزء أساسيا منه[1]. واعني بتبعية المسمى : هي التوابع التي يتناولها اللفظ العام للمعقود عليه، وغالبا ما يعول فيها على اللفظ العرفي .

أما تبعية الجزئية: هي لحوق الجزء المتصل بالأصل المتبوع. ومعيارها الاتصال الاندماجي؛ وذلك مثل ذكاة الجنين، فإنها تحصل بذكاة أمه تبعاً[2]. دليل ذلك ما رواه أبو سعيد الخدري ﷺ عن النبي ﷺ : **ذكاة الجنين ذكاة أمه**[3] قال صاحب عون المعبود: أي ذكاتها التي أحلتها أحلته تبعا لها؛ ولأنه جزء من أجزائها وذكاتها ذكاة لجميع أجزائها . [4]

ويستدل على تبعية المسمى وتبعية الجزئية لأصلها بقاعدة " التابع تابع "[5] وجاء في تفسيرها : أي غير منفك عن متبوعه[6] وغالبا ما فسرت هذه القاعدة بالتبعية الوجودية، وتعني أن ما كان تبعا لغيره في الوجود لا ينفرد بالحكم ، بل يدخل في الحكم مع متبوعه، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعا لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع، مثل الصوف على الغنم ، واللبن في الضرع.[7]

قال الإمام الزركشي: **التبعية ضربان: أحدهما: مع الاتصال بالمتبوع** فيلتحق به لتعذر انفراده عنه كذكاة الجنين ذكاة أمه ؛ فإنه يستبيح بذبح الأم حل الجنين بشرطه ، وكذلك تبعية الحمل في العتق والبيع، وتبعية المغرس للأشجار والأس للدار **ثانيهما: بعد الانفصال** كالصبي إذا أسر معه أحد أبويه فإنه يتبعه وإن كان منفصلا عنهما... [8] وبذلك نرى مدى اعتبار الفقهاء مسألة الاتصال بالأصل وأثره في تبعية التابع لمتبوعه.

---

[1] .انظر ابن عابدين، رد المحتار٥/٥٥، السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/٣٣٦، مجلة الأحكام العدلية ١ / ٤٨ _٤٧، الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٢٢٧، الماوردي، الحاوي الكبير٥/١٧٧، ابن حجر الهيثمي، فتاوى ابن حجر ٢/٢٦٠-٢٦٣، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٥/٧٨. الزركشي، المنثور في القواعد ١/٢٣٤.

[2] . انظر ابن عبد البر ، التمهيد ٢٣/٧٦، المباركفوري، تحفة الأحوذي ٥/٥٠، العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داوود ١٩/٨ ، القرة داغي ، قاعدة التبعية وأثرها في الترخصات الشرعية http://qaradaghi.epkss.com/port

[3] . أخرجه أبو داود في سننه رقم الحديث (٢٨٢٧) ، كتاب الذبائح ، باب : ما جاء في ذكاة المذبوح ٢/١١٣.أخرجه الترمذي في سننه رقم الحديث (١٤٧٦)، كتاب الذبائح، باب: ما جاء في ذكاة المذبوح٣/١٢٤. والبيهقي في السنن الكبرى رقم الحديث(١٩٢٧٦)، باب ما في بطن الذبيحة، ٩/٣٣٤ . رواه احمد في مسنده رقم الحديث(١١٣٤٣)، ١٧/٤٤٢ قال الترمذي : حديث حسن

[4] . العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داوود ٨/١٩.

[5] .السيوطي ، الأشباه والنظائر ١/١١٧ ، مجلة الأحكام العدلية (المادة :٤٧)، ١/٢٢،٢١.

[6] . ابن نجيم ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢ / ٢٦٤.

[7] . السيوطي ، الأشباه والنظائر ١/١١٧، ابن قدامة ، المغني ٤/٨٩.

[8] . انظر الزركشي ، المنثور ١/ ٢٣٨،٢٣٩.

ويمكن الاستناد إلى قاعدة " يثبت تبعا ما لا يثبت استقلالا"[1] وهذه القاعدة عكس قاعدة (التابع لا يفرد بالحكم)؛ لأن التابع يتبع متبوعه سواء أكان من أجزائه مما يضره التبعيض كالجلد للحيوان، أو كان من ضروراته كالمفتاح مع القفل، أو وضعا فيه كالشجر في الأرض، ففي مثل هذه الصورة وأشباهها يكون التابع مع متبوعه في الحكم، ولا يستقل عنه بحال .
ولكن إذا كان التابع يمكن استقلاله فيما يخصه ويتلاءم معه فإنه يثبت له الحكم مستقلا عن متبوعه.[2]

و تبعية المسمى؛ وهي ما يدخل في مسمى المعقود عليه. وهذه يمكن ملاحظتها عند الأئمة الحنفية عند تفريقهم بين مصطلحات " الدار، البيت ،المنزل" حيث جعلوا ما يدخل في البيع تبعا يختلف بحسب مسمى كل مصطلح .

مثلا حصل خلاف بين فقهاء الحنفية في معنى الأرض والعرصة، وبناء عليه كان الخلاف في دخول البناء في العقد عليهما أو عدم دخوله، قال الإمام ابن عابدين: "وحاصله في الدار والأرض؛اسم لما وضع عليه البناء، لا اسم للأرض والبناء، لكن البناء يدخل تبعا في بيعه والإقرار به، والعرصة اسم للأرض خالية عن البناء، فلا يدخل فيها البناء لا أصلا ولا تبعا"[3].

جاء في بدائع الصنائع في باب الوصية: وكذلك الدار، والبيت. ولو أوصى ببيت بعينه لرجل، وساحته لآخر كان البناء بينهما بالحصص؛ لأن البيت لا يسمى بيتا بدون البناء، فكانت وصية الأول متناولة للبناء بطريق الأصالة، فيشارك الموصى له بالساحة بخلاف الوصية بدار لإنسان، وببنائها لآخر أنهما لا يشتركان في البناء بل تكون العرصة للموصى له بالدار، والبناء لآخر؛ لأن اسم الدار لا يتناول البناء بطريق الأصالة بل بطريق التبعية؛ إذ الدار اسم للعرصة في اللغة، والبناء فيها تبع بدليل أنها تسمى دارا بعد زوال البناء، فكان دخول البناء في الوصية بالدار من طريق التبعية، فكانت العرصة للأول، والبناء للثاني.[4] وطريق الأصالة يعني ما يعبر عن مسمى المعقود عليه، وطريق التبعية ما يتصل بالمعقود عليه ولا يدخل في مسماه، عند الحنفية .

وجاء في فتح العزيز: "إذا قال بعتك هذه الشاة، وما في ضرعها من اللبن وفى قوله بعتك هذه الجبة وحشوها طريقان: منهم من طرد الخلاف ومنهم من قطع بالجواز؛ لان الحشو داخل

---

[1] . ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي : القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة ٣٢٢/١.
[2] . عمر كامل ، القواعد الفقهية الكبرى ١٧٦/١.
[3] . انظر ابن عابدين ، تكلمة حاشية رد المحتار ٢ / ٢٧٥.
[4] . الكاساني ، بدائع الصنائع ٢٥٥/٨

في مسمي الجبة فذكره ذكر ما دخل في اللفظ، فلا يدل التنصيص عليه، والحمل غير داخل في مسمى الشاة ؛ فذكره ذكر الشيء المجهول مع المعلوم".[١]

ومن أمثلة الفقه الحنبلي: قال الإمام البهوتي : إذا باع دارا، أو وهبها، أو رهنها، أو وقفها، أو أقر، أو وصى بها شمل العقد أرضها ؛ أي إذا كانت الأرض يصح بيعها .. شمل بناءها وسقفها؛ لأنهما داخلان في مسمى الدار.[٢]

ومن المفيد ذكر ما قاله الإمام الغزالي عن حد المسمى: واعلم أن المركب إذا حدّدته بذكر آحاد الذاتيات توجّه السؤال عن حد الآحاد. فإنك إذا قيل لك: ما حدّ الشجر؟ فقلت: نبات قائم على ساق. فقيل لك: ما حدّ النبات ؟ فتقول: جسم نام. فيقال: وما حدّ الجسم؟ فتقول :جواهر مؤتلفة. فيقال: وما حدّ الجوهر.. وهكذا ..[٣]

هذا وقد أجاز بعض فقهاء الشافعية شراء دابة بشرط أنها حامل، ولم يجيزوا القول: بعتك هذه الشاة وحملها؛ وعللوا ذلك في الصورة الأولى، بأن الحمل يدخل عند الإطلاق كأساس الدار، كما يعد وصف تابع، أما في الصورة الثانية فهو من باب جعل المجهول مبيعا مع المعلوم. [٤]

يمكن القول إن ما يدخل في مسمى الأصل هي الأجزاء المتصلة بالأصل، التي تعبر عن حقيقته وماهيته، ولا يتصور العقد على الأصل إلا باستيفائها، لتحصيل المقصود من الأصل، أما بالنسبة لمقابلتها بالثمن ، فلا شك أن كل ما هو مقصود للعاقدين يقابل بالثمن، ولكن الثمن يأتي مجملا لشمول المعقود عليه توابع ما دخل في مسماه .

يستخلص من الأمثلة الفقهية السابقة أن ما يدخل في مسمى المعقود عليه، أو يعد جزءا منه، يمثل التوابع الحقيقية التي تتبع أصلها من كل وجه، ولا تستقل عنه بحال .

ومن الأمثلة الفقهية القديمة: الجدران والسقف في البناء، السمن في الدابة، أطراف الحيوان، الصبغ في الثوب .

ويمكن التمثيل للتوابع المستجدة الداخلة في مسمى الأصل أو تعد جزء منه: باب الثلاجة ، محرك السيارة، بطارية الهاتف الخلوي، شاشة جهاز الحاسوب، وغيرها .

وقد أورد البورنو مثالا للاستدلال على هذا النوع من التوابع: إذا باع شخص حجرا من الماس بعينه، على أن وزنه خمسة قراريط بثمن محدد، فظهر أثناء التسليم أن وزنه خمسة

---

[1] . الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز ٢٠٧/٨.
[2] . البهوتي ، الروض المربع ٢٢٩/١ .
[3] . أبو حامد الغزالي ، محك النظر ص٢٧.
[4] . النووي، روضة الطالبين ٧٣/٣

قراريط ونصف، فيصبح ذلك الحجر للمشتري بنفس الثمن الذي صار الاتفاق عليه؛ لأن نصف القيراط تابع للكل، فلا يفرد بالحكم [١].

الضابط الذي يقاس عليه أمثاله: كل ما مثل من التوابع الأجزاء الحقيقية للعين المالية ، وإذا ما استقل وانفرد عن أصله بطلت المنفعة المقصودة من ملك الأصل .

الملحظ المستفاد مما سبق:

أولا: مسمى المعقود عليه ، يمثل محدداً من محددات توابع الأموال، والضابط الذي يعتمد عليه، هو العرف المتعامل فيه ، ولأهل الخبرة في كل مجال كلمتهم المعتبرة في بيان مسمى المعقود عليه.

ثانيا: الجزئية الاتصالية من أقوى التوابع صلة بأصولها، لدخولها في حقيقتها كالجنين ، ويلحق بها أساسات البيت، فلا يتصور استقلال احدهما عن الأخر في حالة التبعية .

الفرع الثاني: تبعية الضرورة والمصلحة .

أولا: وهي ما يعد من ضرورات ملك المعقود عليه ، ويدخل في مصالحه.

مستند هذه التبعية : قاعدة " **التابع تابع** "[٢] وقاعدة "**من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته**".[٣]

وذلك يعني، أنه من ملك شيئا ملك ما هو من لوازمه عقلا، أو عرفا، ولو لم يشترط في العقد.[٤]

ومثال ضرورات المعقود عليه: ما لو اشترى داراً مثلاً ملك الطريق الموصل إليها بدون تنصيص عليه، ما لم يكن في ملك خاص، وكذلك لو اشترى رحى مبنية، دخل المجرى الأعلى، أو قفلاً دخل مفتاحه، أو بقرة حلوباً لأجل اللبن دخل عجولها.[٥] فمن ملك شيئاً أعم من كونه ملك عينا أو تصرفا، ملك ما هو من ضروراته؛ كالطريق للدار، وكالعجول للبقرة الحلوب والمفتاح للقفل ، وكالجفن والحمائل للسيف فلو أقر بسيف دخل جفنه وحمائله[٦] .

---

[1] . البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ١/١٦٠.
[2] . السيوطي، الأشباه والنظائر ١/١١٧.ابن نجيم، الأشباه والنظائرص١٢، مجلة الأحكام العدلية: المادة:(٤٧)،١/٢٢،٢١
[3] . مجلة الأحكام العدلية : المادة:١،٤٩/٢٢،٢١
[4] . ايمن حتمل، قواعد التبعية ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ص٧٣.
[5]. مصطفى الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ١ /٢٥٩
[6] . المرجع السابق ١ /١٤٩، ٢٥١.

وهناك أمثلة فقهية متنوعة على ما يعد من ضرورات، ومصالح ملك الأصل ، تمثل تطبيقات مباشرة على التوابع اللاحقة لأصولها في الملكية، على نحو يمكن تسميتها بالتوابع الضرورية ، والتوابع المصلحية للمعقود عليه أصالة.[1]

يلاحظ من خلالها توجه الفقه الحنبلي فيما يخص مصلحة المعقود عليه، اشتراط اتصاله بالمعقود عليه، أو دخوله في مسماه، حتى يعد من مصالحه التي تدخل تبعا للمعقود عليه .[2]

ولعل المقصد الأصلي من تبعية _ ما يعد من ضرورات ومصالح المعقود عليه_ يتوجه نحو تحقيق كامل الانتفاع بالأصل المعقود عليه، بوصف هذه التوابع مكملات للملكية.

وما يدخل ضمن ضرورات ملك المعقود عليه ومصالحة، الحريم، و حقوق الارتفاق وهو ما تم إفراده في فقرة خاصة؛ لأهميته وتطبيقاته المنتشرة في الوقت الحاضر .

ثانيا : التبعية الالتزامية :

وهي ما ينشأ بالعقد من التزامات، تقع على العاقدين جراء ثبوت الملكية لهما بمقتضى العقد، وبمقتضى هذه التبعية يلتزم البائع تسليم كافة الحقوق الالتزامية للمشتري الذي بدوره يقوم بتسليم البائع الثمن وما يلحق به من حقوق [3].

ويمكن الاستدلال على هذه التبعية بقاعدة: " **إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه** "[4]

حيث تفيد القاعدة أن العقد إذا بطل بطل معه كل الشروط والالتزامات المترتبة على العقد لأنها تبع له ، والأصل إذا سقط سقط معه الفرع.[5]

وبالمقابل يلزم من صحة العقد، ترتّب كافة الحقوق والالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد، والتي تستمدها من طبيعة المعقود عليه، والاتجاه العام لسير العقود، وهو ما يمثله العرف التجاري .

والنتيجة التي تلزمنا لتحقيق التبعية الالتزامية ؛ أن كل عقد ينشئ نوعين من الآثار هما:

---

[1] . انظر مجلة الأحكام العدلية ١ / ص٤٨ _٤٧،النووي، روضة الطالبين ٢٨٤/٤، البهوتي، الروض المربع ٢٢٩/١، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٧٧/٥، ابن ضويان، منار السبيل ٣٣٤/١.

[2] . انظر البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٧٨/٥، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ٤٩/٤. الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام احمد ١٢٤/٢،ابن ضويان، منار السبيل ٣٣٤/١.

[3] . مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥١٤. إن لكل عقد حكم اصلي شرع من أجله ، هو المقصود الأصلي من شرعية العقد ، ويطلق عليه مقتضى العقد أو غايته النوعية . كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري تلقائيا فور إنشاء عقد البيع وغير ذلك من المقتضيات الأصلية للعقود التي تتنوع بحسب طبيعة كل عقد .
أما أحكام العقد الأخرى ، من مثل تسليم الثمن ، وأداء بدل المنفعة ، أو الأجرة ، ووجوب ضمان العين المرهونة على المرتهن، فليست أصلية ، وإنما هي التزامات وتكاليف تابعة. الدريني، بحوث فقهية ٤١٣/٢.

[4] . ابن نجيم ، غمز عيون البصائر ٣٠٨/٧ ، الزرقا،شرح القواعد الفقهية ٢٧٣/١، عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ١٧٧/١.

[5] . عمر كامل ، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ١٧٧/١.

١. الحكم الأصلي للعقد: وهو الأثر النوعي للعقد، أو هو الغاية الحقوقية الأساسية التي شرع ذلك العقد ليكون طريقا مشروعا للوصول إليها، كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع .

٢. الالتزامات المتنوعة التي ينشئها العقد: وهي كل تكليف بفعل امتناع عن فعل بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الأخر . كتسليم المبيع، وضمان العيب، وأداء الثمن ...، وهي ما يسميها الفقهاء بالأحكام التابعة أو التبعية للعقد .[1]

هناك ما يعرف بالخلف الخاص: وهو من يخلف غيره ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع .

ولذلك إذا كانت الحقوق التي رتبها السلف(البائع) تعد من مستلزمات الشيء أي (مكملة للشيء) فإنها تنتقل إلى خلفه الخاص(المشتري): مثال ذلك: من يؤمن على داره ضد خطر الحريق ويبيعها؛ فإن الحق في تقاضي مبلغ التأمين ينتقل إلى المشتري باعتبار هذا الحق مكملاً للشيء أي من توابعه .[2]

بالتالي نجد أن التبعية الالتزامية تتعلق بالالتزامات التي ينشئها العقد، وهي متصلة بذات المال (المعقود عليه)، إلا أنه يوجد من يفرق بين الحقوق والالتزامات _التي تعد من أثار العقد_؛ فالحقوق : كالحق في التأمين[3]، والحق في الضمان: العيب/ التهدم. والتزامات: كالالتزام الملك بعدم التعلي[4]، التزام الشركة بصيانة المصعد بعد بيع العمارة؛ لأنها كانت ملتزمة مع المالك السابق للعمارة [5].

ويمكن تصنيف العقود باعتبار الأصالة التبعية إلى قسمين:

الأول : العقود الأصلية: هي العقود المستقلة في وجودها، المقصودة أصالة. كالبيع، والإجارة ، والإيداع والإعارة .

---

[1] . مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ١/ ٥١٤-٥١٨.
جاء في القانون المدني الأردني ما يلي :
- المادة (٤٩٠) : يشمل التسليم ملحقات المبيع ، وما اتصل به اتصال قرار ، وما اعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد.
- المادة (٥٣١) : أن نفقات تسليم الثمن في عقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري ، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضي بغير ذلك.

[2] . عمر سالم محمد ، الالتزامات في القانون المدني على الوجه المبسط، ص١٥

[3] . مثل تامين البيت ضد الحريق ولا يفيد منه الخلف ، إلا إذا انعقد التأمين ابرم قبل شرائه البيت.انظر مشاعل الهاجري، الأثر النسبي للعقد، ص١٤.

[4] . وذلك إذا التزم شخص لجاره بعدم البناء العالي مراعاة له، ثم باع الأرض، التزم المشتري بهذا الالتزام. مشاعل الهاجري، الأثر النسبي للعقد،ص١٤

[5] . مشاعل الهاجري، الأثر النسبي للعقد.(نسخة بور بوينت) ، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت ،٢٠٠٤م،ص١٤

الثاني: العقود التبعية: هي العقود التي يقصد بها توثيق التعامل وضمان الوفاء، أو إطلاق التصرف للغير فيما يملكه الشخص للاستعانة به وهي لا توجد وحدها، بل بإزاء عقود أخرى هي المقصودة لذاتها .

ويحقق العقد التبعي توثيق العقد الأصلي، أو ضمان الوفاء بالتزاماته، أو إطلاق التصرف للغير للقيام بمباشرة العقد الأصلي[١].

فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيره، فلا يعقدان ابتداء إذا لم يكن في مقابلهما حق آخر ثابت أو متوقع. ينعقد الرهن في مقابل دين موعود ، وتنعقد الكفالة في مقابل ما سيبث من دين. يزولان بزوال ذلك الحق المقابل كما يسقط كل فرع بسقوط أصله. فلو أبرأ الدائن المدين الأصيل سقطت الكفالة أيضا عن الكفيل تبعا لسقوط الدين. ومثل ذلك يقال في الرهن، فإنه يبطل بإبراء الدائن والمدين[٢].

الفرع الثالث: تبعية الصفة أو الوصف :

والوصف هو ما يدل على الذات بصفة كأحمر، فإنه بجوهر حروفه يدل على معنى مقصود وهو الحمرة؛ فالوصف والصفة مصدران كالوعد والعدة، والمتكلمون فرقوا بينهما فقالوا الوصف يقوم بالواصف والصفة تقوم بالموصوف[٣].

وقد يعبر الفقهاء عن الصفات بالأوصاف، والوصف عند الفقهاء: ما يكون تابعا للشيء غير منفصل عنه، وهذا على نوعين ، وصف مرغوب فيه، وهو ما يقابله شيء من الثمن، ووصف غير مرغوب فيه، وهو مالا يقابله شيء من الثمن.[٤] فالصفة تأتي مبينة لمراد المتكلم.[٥] والوصف معنى لا يقوم بنفسه عقلا[٦] وكذلك الصفة فوجب أن يكونا تابعين .

ودليل تبعية الصفة أو الموصوف ما رواه ابن عمر ﷺ عن النبي ﷺ :**(من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)**[٧]

يؤصل الحديث الشريف وهو عمدة الاستدلال على التبعية، بمختلف أنواعها ، لتبعية الصفة أو الوصف ، وذلك بملاحظة أن الثمرة المؤبرة صفة للنخل، والمال صفة للعبد

---

1. عبد الستار أبو غدة ، أوفوا بالعقود ص ٧٢.
2. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ٦٤٦/١-٦٤٧.
3. الجرجاني ، التعريفات ٢٣٦/١.
4. قلعه جي، محمد رواس ، قنيبي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء،دار النفائس، بيروت ،١٩٨٥م، ١/ ٥٠٤
5. الزركشي ، البحر المحيط ٤٧٩/٢.
6. الشاطبي، الموافقات ٣٤/٢.
7. سبق تخريجه ص ٢٥

وكلاهما أوصاف مرغوبة للمشتري يستحقها بالاشتراط، ولا تنفرد بالمعاوضة وإنما تتبع المعقود عليه؛ لأن الصفات تتبع موصوفها في المعاملة المالية، فالتبعية هنا تثبت بمقتضى اشتراط المتعاقدين .

جاء في الإنصاف: فإن قلنا يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر شرائط البيع؛ لأنه غير داخل في العقد، وإما اشترط على ملك العبد ليكون عبدا ذا مال، وذلك صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة، فهو كبيع المكاتب الذي له مال[١].

ومن أمثلة الأوصاف "الجودة" وتبعيتها للمعقود عليه قال الإمام ابن قدامة: وإذا جاءه بالأجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح ، وقال أبو حنيفة: يصح كما لو أسلم في عشرة فجاءه بأحد عشر، ولنا أن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد، كما لو كان مكيلا أو موزونا ؛ فإن جاءه بزيادة في القدر، فقال خذه وزدني درهما ففعلا صح؛ لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالعقد.[٢]

قال الدهلوي: لم يحرم اشتراء الجيد بالثمن الغالي؛ لأن الثمن ينصرف إلى ذات المبيع دون وصفه عند اختلاف الجنس، ولم يحرم اشتراء جارية بجاريتين، ولا ثوب بثوبين؛ لأنها من ذوات القيم فتنصرف زيادة الثمن إلى خواص الشخص، وتكون الجودة مغمورة في تلك الخواص فلا يتحقق اعتبار الجودة بادي الرأي.[3]

ومثّل الحنفية للأوصاف بما يلي: والأوصاف ما يدخل في البيع بلا ذكر؛ كبناء وشجر في أرض، وأطراف في حيوان، وجودة في الكيلي والوزني وعن فتاوى رشيد الدين: البناء وإن كان تبعا إذا لم يذكر في الشراء، لكن إذا قبض يصير مقصودا له حصة من الثمن .[٤]

قال العز بن عبد السلام: لا تجوز المعاملة على ما جهلت أوصافه؛ لاختلاف رتب الأوصاف في النفاسة، والخساسة، وزيادة المالية، ونقصانها بسبب ذلك.[5]

وقد قرر الفقهاء تبعية الصفة أو الموصوف بشكل عام، وذلك أن صفات المعقود عليه تتبعه ،لأن الصفة تابعة للموصوف، وذلك كشراء الدابة الحامل أو اللبون أو العبد الكاتب[٦].

ولذلك ثبت في الشرع الإسلامي خيار الوصف؛ وهو الخيار في فوات وصف مرغوب فيه، نحو أن يشتري عبدا بشرط كونه كاتبا، فظهر بخلاف ذلك فيأخذه المشتري بكل الثمن أو يرده[٧].

---

[1] . المرداوي ، الإنصاف ٦٥/٥.
[2] . ابن قدامة ، المغني ٤/ ٣٧٤
[3] . الدهلوي ، حجة الله البالغة ٢٠٧/١.
[4] . ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٣٣٦
[5] . العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ١٥٤/٢.
[6] . يراجع السرخسي، المبسوط ٣٤٦/١٤، البابرتي، العناية شرح الهداية ٤٥٠/٨، محمد أفندي ، تكملة حاشية رد المحتار ٨ /٢٧٥،الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٤، النووي، روضة الطالبين ٧٣/٣،ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج ٢٤٩/٥، المرداوي، الإنصاف ٦٥/٥. السيوطي، الأشباه والنظائر ١/. ابن نجيم، غمز عيون البصائر ٢٦٩/٢.
[7] . ابن عابدين ، رد المحتار ٨٠/٥، المرداوي ، الإنصاف ٣٤٧/٤.

وبذلك يثبت للمشتري الحق في فسخ البيع، أو استبقاء المبيع بجميع الثمن، فإن هلك المبيع، أو حصل به عيب في يده، فله الرجوع على البائع بمقدار نقص المبيع بسبب فوات الوصف المرغوب فيه ، ويعرف ذلك بتقويم المبيع مع الوصف، أو دون الوصف، ويضمن المشتري الفرق بينهما[١]. يظهر مما سبق اعتبار الوصف مع المعقود عليه، عند تمام المعاملة المالية أو عند فسخها .

لذلك قيل: الصفة تتبع الموصوف، فإذا كانت المعاوضة على منفعة أصلية، صح اعتبار صفاتها وخصائصها في الثمن؛ لأن الصفة استمدت قيمتها من موصوفها الذي قامت به.[٢]

ومن أمثلة قصد الأوصاف أصالة في البيع ما يعرف ببيع الصفة أو الأنموذج؛ وتحصل المعرفة برؤية المبيع حال العقد، أو رؤية بعضه (رؤية النموذج) أو بيان أوصافه الأساسية، و الذي يشترط أن يكون محل العقد معروفاً لطرفيه ومعيناً، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين. وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء[٣]. وتتعاظم قيمة الصفات المرغوبة التابعة لأصولها المعقود عليها؛ في عقد السلم ، بحيث يعد المرجع في الصفات التي تميز المسلم فيه وتعرف به، إنما هو عرف الناس وخبرة الخبراء.[٤]

ويقرر الفقهاء قاعدة للوصف: وهي أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر[٥] أي من اعتبار مشاهدة العاقد وقصده للوصف، وبين غياب العاقد عن مجلس العقد أو عدم تبينه للوصف المراد.

وقد اختلفت نظرة فقهاء الحنفية لمصطلحي الأصل والوصف، وكان لهذا الاختلاف أثر في الحكم على "العيب الحادث " وأثره على المعاملة؛ فمثلا قيل: ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل. وقال بعضهم: ما لوجوده تأثير في تقدم غيره، ولعدمه تأثير في نقصان غيره ، فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل، وقيل: ما لا ينقص الباقي بفواته فهو أصل، وما لا يكون كذلك فهو وصف.[٦]

---

[1] . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٢٣/٤. جاء في مجلة الأحكام : إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف كان المشتري مخيرا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا خيار الوصف مثلا لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيرا وكذا لو باع فصا ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخير المشتري . مجلة الأحكام العدلية . (المادة ٣١٠) ١/ ٦٢.

[2] . سامي سويلم ، عقد الكالئ بالكالئ ص٥٤.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٢٥/٤. وانظر ابن عابدين، رد المحتار ٥/ ٣٦، السمرقندي، تحفة الفقهاء ٩١/٢ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٤، النووي، روضة الطالبين ٤٢/٣،الماوردي، الحاوي ٢٢/٥، المرداوي، الإنصاف ٦٥/٥.

[4] . هيئة المحاسبة والمراجعة ، المعيار الشرعي (رقم ١٠) السلم والسلم الموازي ،٦/٢/٣.

[5] . مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ٤٧٨/١.

[6] . البابرتي، العناية شرح الهداية ٨/ ٤٠٣.

وقد وضع الإمام محمد ضابطا للأوصاف، قال: **كل شيء إذا بعته وحده لا يجوز بيعه، وإذا بعته مع غيره جاز.**[1] فالأوصاف لا قسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض.[2]

وخلاصة وجهة نظر الحنفية في الأوصاف أنها تعتمد على القصدية؛ فالأوصاف غير المقصودة في العقد ، تعد تابعة لأصلها (وهو المعقود عليه) ، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن ،أي لا يجوز المعاوضة عليها استقلال، ولا يجوز استثناؤها من العقد، أما الأوصاف المقصودة للمشتري تقابل بالثمن ، ومعيار القصد عند الحنفية ذكر الأوصاف بالعقد، فبالقصد تنتقل الأوصاف من التبعية إلى الأصالة؛ فيكون المشتري قاصداً تملكها قصد أصليا[3].

وما يعد من قبيل الأوصاف للمبيع ويقصد للمتعاقدين، بحيث يزيد السعر بوجوده " الضمان الذي يقدم مع الأجهزة عند بيعها" فالقاعدة أن الشرط له قسط من الثمن، وهذا يشمل الضمان وغيره من الشروط؛ فالضمان يجوز اعتباره في الثمن إذا كان تابعاً لسلعة، ولا تجوز المعاوضة عليه استقلالاً [4].

المعيار المحدد لتبعية الصفة أو الوصف، هو طبيعة الشيء المعقود عليه، وما يحوي من خصائص وصفات، تقصد من قبل المتعاقدين، وحضور العاقد، أو غيابه عن مجلس العقد .

❖ **والحكم الفقهي العام لما سبق من توابع على اختلاف أقسامها:** أن ما دخل في البيع تبعا لا حصة له من الثمن: وذلك يعني أن التوابع لا تقصد في بالعقود، فبناءً على ذلك ليس لها قسط أو جزء من الثمن؛ الإ إذا صارت مقصودة بالاستيفاء الحقيقي أو الحكمي؛ لأنها صارت مقصودة وخرجت من كونها توابع .[5]

الفرع الرابع: تبعية القصد.

والقصد الأصلي من المعاملة المالية يعرف بأنه الغاية المراد تحقيقها من المعاملة أصالة؛ لملاحظة الغرض الأساسي منها، يليها في الحكم والاعتبار، أما **القصد التبعي** وهو ما كان تاليا للمقصود أصالة أو لاحقا به في الاستهداف وتوجه الإرادة فيها[6] .

---

[1] . ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٣٣٦.

[2] . المرجع السابق٥/٣٣٦.

[3] . انظر السرخسي، المبسوط ١١٤/١٢، ابن عابدين، رد المحتار٥/٢٦٥ ،الغنيمي، شهاب الدين احمد، اللباب شرح الكتاب، تعليق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت،١٩٩٤م ١/١٠٠.

[4] . انظر فتوى فضيلة الدكتور سامي سويلم "زيادة الثمن بزيادة الضمان " ١٤٣١/١/١٦هـ ،http://almoslim.net

[5] . ايمن حتمل، قواعد التبعية ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ،ص١١٢.
ومن الأمثلة على أن " التابع ليس له حصة من الثمن"؛ عند بيع السيارات فان الوقود من ديزل ،وبنزين ...) يدخل في ثمنه ضمن ثمن الأصل، وهي السيارة، ولا يكون له حصة من الثمن، وكذلك الإطارات فان ثمنها يدخل ضمن ثمن السيارة ، فلا يفرد عند البيع حصة لهذه الإطارات من الثمن، فلو أن شخصا اشترى سيارة وتلف عنده شيء من إطاراتها ثم تبين أنها مستحقة، فرد السيارة للبائع فليس له أن ينقص من الثمن بدلا من الإطارات التالفة . ايمن حتمل ، قواعد التبعية ص١١٧.

[6] .انظر نزيه حماد ، فقه المعاملات المصرفية ص ٢٨.

تقودنا هذه الثنائية القصدية، إلى ميدان الإرادة،التي لها قدم صدق في الاعتبار المؤثر في وجهة الحكم الشرعي. فالإرادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان؛ فتكون دليلا كافيا على وجود الإرادة الحقيقية وتثبت أحكام العقد بهذه الارداة الظاهرة، التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل انعقاد العقد، وفي تحديد، حدوده وقيوده الالتزامية.

ويعد من الإرادة الظاهرة في حدود العقد وقيوده ما دلت عليه قرائن الحال، أو عرف الناس وعاداتهم؛ لأن للقرائن والأعراف دلالات إضافية ملحوظة يعتمد عليها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير والتصريح؛ فيجب أن تعتبر دلالتها كالتعبير، فعقد البيع الذي لم يبين فيه توابع المبيع يدخل ما دلت الحال على دخوله، ففي بيع البقرة الحلوب مثلا يدخل، بلا ذكر في العقد ، فِلوها المحضر معها إلى محل البيع [1].

وأبدأ حيث انتهى النص السابق ، ذلك أن عرف المتعاملين في ميدان المعاملات المالية ، له نصيب وافر في تحديد وجهة القصدين الأصلي والتبعي ، ومن العدل مراعاتهما عند إجراء المبادلات المالية .

مستند تبعية القصد مستوحى من حديث ابن عمر ﷺ عن النبي ﷺ :(**من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع**)[2]

وجه الدلالة يرشدنا إلى أن الشارع الحكيم فتح باب الاشتراط في العقود، تلبية لرغبة المتعاقدين، ومراعاة لقصودهم المعتبرة. فالقصد الأصيل توجه إلى ملك النخل والعبد، ولحقه القصد التبعي في الثمرة ومال العبد؛ لإتمام المنفعة المقصودة من المعقود عليه بمجمله.

ومن القواعد المقاصديه قاعدة " الأمور بمقاصدها و الأعمال بالنيات" [3]

وتعني: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.[4]

وقاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".[5]

وقال الشيخ الزرقا في تفسيرها: والمراد بالمقاصد والمعاني ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية، وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود [6]

---

[1] . د. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ٤٣٧/١.
[2] . سبق تخريجه ص ٢٥.
[3] . السيوطي ، الأشباه والنظائر ٨/١.
[4] . مصطفى الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ١/١، (القاعدة الأولى (المادة ٢))
[5] . مصطفى الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، القاعدة الثانية، (المادة:٣)، ٢٤/١.
[6] . المرجع السابق ٢٤/١.

وقال الدكتور القرة داغي "حفظه الله" وضابطها ومعيارها هو القصد، فالمقصود أصلاً وأساساً وأولاً هو المتبوع ، والذي لم يقصد أساساً، أو كان قصده قد جاء ثانوياً فهو التابع كما هو الحال بالنسبة لبيع العبد ومعه مال من ذهب وفضة، حيث إن القصد العام الأساسي هو بيع العبد وشراؤه، وليس مقصود المشتري أو البائع هو شراء أموال العبد بدرجة أولى.[١]

ومن الجدير ذكره أن إمام المقاصد الشاطبي قد تلألأت موافقاته بقاعدة الأصالة والتبعية ، ولعله من المنظرين الأوَل في الثنائية القصدية، قال: أن المتبوع مقصود بالقصد الأول، وأن التابع مقصود بالقصد الثاني، وما قصد بالقصد الأول آكد في الشَّرع والعقل مما يقصد الثاني؛ ولأجل ذلك يلغى جانب التابع في جنب المتبوع، فلا يعتبر التابع إذا كان اعتباره يعود على المتبوع بالإخلال، أو يصير منه كالجزء أو كالصفة أو التكملة.[٢]

ولئن جاز صوغ معيار في القصد الأصلي وهو ما يتعلق بالمتبوع، والقصد التبعي وهو ما يتعلق بالتابع، أقول: أن الاتجاه العام لسير المعاملة المالية بحسب طبيعتها، ومقتضى وضعها، يحدد قصدية المتعاقدين ، وهو ما يعرف لدى أهل الخبرة في كل ميدان بحسبه.

المعيار العام للأنواع الفرعية الخاصة بالتبعية باعتبار الملكية يحدد بأمرين :

- ✓ **العرف التجاري السائد للحكم على ما يلحق المعقود عليه تبعا .**
- ✓ **الاشتراط العقدي الناشئ من قصود المتعاقدين، ورغباتهم، وفق المنهج الشرعي.**

أمثلة تطبيقية على توابع المعقود عليه

عند بحثي عن تطبيقات معاصرة لأنواع التبعية، وجدت في القانون التونسي ما يحقق المراد، حيث أورد القانون في فصوله أمثلة متعددة على توابع الأموال وسماها بتوابع المبيع، يلاحظ من خلاله مدى التوافق بين النظر القانوني، والفقهي في القواعد العامة التي تحكم توابع المعقود عليه ، بتطبيق قاعدة التبعية، على النحو التالي[٣] :

لزوم تسليم المبيع يتضمن تسليم توابعه **والتبعية** إما **بحسب العرف** أو **بمقتضى اشتراط المتعاقدين**. وإذا لم يكن في ذلك شرط أو عرف فالعمل **على مقتضى القواعد الآتي ذكرها:**

---

[1] . القرة داغي ، قاعدة التبعية وأثرها في الترخصات الشرعية . http://qaradaghi.epkss.com/portal.

[2] . الشاطبي، الموافقات ٣/٤٩١.

[3] . القانون التونسي الخاص، مجلة العقود والالتزامات ، http://ar.jurispedia.org/index.php، وقد اخترت من المواد ما له تعلق تطبيقي مباشر على توابع المعقود عليه ، عند إجراء المبادلات المالية .
وقريب من القانون التونسي ، انظر القانون الكويتي http://www.mandoubco.com

- بيع غير المنقول يشمل ما يوجد من رسوم صورته ،وتقدير مصاريف أقامته، وحجج ملكيته ، وإذا تعلقت الرسوم، أو الحجج المذكورة بملك آخر، خارج عن البيع، لا يلزم البائع إلا بإعطاء مضمون رسمي منها للمشتري فيما اشتراه.[١]
- بيع مركز تجارة، أو دار صناعة ، يشمل الدفاتر التجارية ، والتقارير، والحجج ، والمكاتيب، والأوراق التي لها تعلق بالمبيع، وكذلك الآلات، وغيرها من الأشياء اللازمة لمباشرة ذلك، والعلامات، والصور الموضوعة على باب الدار أو المركز، إشارة لنوع الصناعة، أو التجارة والسمة، أو النيشان وجميع ما فيه من مواد وبضائع ، بشرط العلم بها وما له من الشهرة في جلب الراغبين، والشهادات التي حازها بائعه فيما اخترعه من خصوص تجارته، أو صناعته وأسرار الصنعة، إلا إذا حصل تراض بين البائع والمشتري على خلاف ذلك. ويخرج من البيع المذكور ما كان خاصا بذات البائع ؛ كالشهادات التي نالها في مراتب العلم ، والنياشين والطوابع المنتقش بها إمضاؤه ، ما لم تكن شروط العقد منافية لذلك، وإن كان اسم المالك داخلا في العلامة أو الصورة الموضوعة على باب الدار أو باب المركز، يجب على من حل محله بالشراء أو التحويل أن يضيف لها ما يدل على التحويل.[٢]
- بيع بضاعة يشمل الأشياء التي لفت فيها، أو ربطت بها، كما يشمل ظرفها، والعلامات والطوابع الموضوعة عليها، وما أضيف لها من أشياء أخرى؛ لحفظها من الخطر أو لعدم إبدالها بغيرها.[3]

المطلب الثاني: تبعية حقوق الارتفاق لأصولها:

الفرع الأول: تعريف الحق لغة واصطلاحا:

الحق لغة: هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وهو خلاف الباطل، **ولهذا يقال لمرافق الدار (حقوقها)**[٤]. **والارتفاق:** الاتكاء على المرفق، أو على لفظ الجنات إذا أريد بالمرتفق المنزل.[١]

---

[1] الفصل (٦١٣) من القانون التونسي.
- بروج الحمام وأجباح النحل ، لا تدخل في المبيع إن لم تكن ثابتة مستقرة فيه ببناء أو غيره. الفصل (٦١٤) من القانون التونسي.
- البستان أو الأرض الخارجة عن الدار ، سواء كانت مشجرة أو لا ، لا تعد من توابع الدار ، ولو كان لها منفذ من داخل الدار ، الإ إذا كانت صغيرة جدا ، بالنسبة للدار أو تبين أن المالك جعلها تابعة لها ؛ فإنها تكون حينئذ من توابعها. الفصل (١٥) من القانون التونسي .
- لا يدخل في بيع ما يأتي بطونا أو يجذ ويخلف كالذرق والفصة ، إلا البطن الأول أو الجذة الأولى ، وكذلك بيع الثمر والأزهار يشمل ما تعلق بأصوله منها وما نضج وتفتح بعد البيع على أنه من توابع المبيع لا من الخلف. الفصل (١٦) من القانون التونسي
- يدخل في بيع الحيوان : أولا : ولده الرضيع. ثانيا : وصوفه أو وبره أو شعره المتهيئ للجز. الفصل (١٧) من القانون التونسي.
- بيع الأشجار يشمل الأرض الثابتة فيها وما فيها من ثمر لم تعقد. فإن عقدت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع. الفصل (١٨) من القانون التونسي.
- بيع المركب يشمل ماله من آلات وأدوات ؛ كالمخاطف والسواري على اختلاف أنواعها ، والحبال والأشرعة والبكرات والقوارب والزوارق وغير ذلك من الأشياء التابعة له حكما، وإن وقع شك حكم المجلس برأي العرفاء . الفصل (١٩) من القانون التونسي.

[2]. الفصل (٢٠) من القانون التونسي.

[3] . الفصل (٢١) من القانون التونسي.

[4] . الفيومي،المصباح المنير ١/ ١٤٣.انظر القونوي،أنيس الفقهاء، تحقيق: يحيى مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١/ ٧٨،

وحقوق الارتفاق اصطلاحا: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار.[2]

أما **الإرفاق:** هو تحصيل منافع **تتعلق** بالعقار[3]. ومن الشافعية من قصد بالارتفاق ما يخص الارتفاقات العامة: ارتفاق الناس بمقاعد الأسواق وأفنية الشوارع، وحريم الأمصار، ومنازل الأسفار [4].

المرافق: هو ما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع ، كالشرب والطريق ومسيل الماء.[5]

تعريف مجمع الفقه الإسلامي حقوق الارتفاق: كل ما يثبت لعقار ما على عقار آخر من الأمور المنتفع بها، مما يقبل الاشتراك.[6]

تعريف السنهوري حقوق الارتفاق: حق يحد من منفعة عقار؛ لفائدة عقار غيره يملكه شخص أخر.[7]

يلاحظ من التعاريف السابقة: أن المعنى الاصطلاحي لحق الارتفاق مبني على المعنى اللغوي، بجامع ثبوت الانتفاع الإ لمسوغ، كما يظهر توجه غالبية المعرفين إلى قصر حقوق الارتفاق على ما يثبت من حقوق، ومنافع بين عقارين لفائدة أحدهما، باستثناء تعريف الإمام ابن عليش من فقهاء المالكية القاضي بتحصيل منافع تتعلق بالعقار سواء حُصّلت من عقار أو غيره؛ بحيث جاءت كلمة" تتعلق" في التعريف السابق لتضفي المرونة على اعتبار كل ما يستجد من حقوق ارتفاقية تخدم العقار سواء حُصّلت هذه الحقوق من عقار أو غيره، وهو ما أميل إلى ترجيحه باعتبار أن حقوق الارتفاق خاصة بالمنافع والمرافق.... وغيرها من الخدمات المحصلة من عقار أو غيره لمصلحة العقار المخدوم، لتحقيق المقصد من شرعها.

بحيث جُعل حق الارتفاق من قبيل ملك المنفعة؛ وهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتهما، وان مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع. ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق.[8]

---

[1] . ابن منظور، لسان العرب، ٨ / ٩٩، الأزهري، تهذيب اللغة ١/ ٢٨٦، الرازي، مختار الصحاح ١/ ٢١٨

[2] . قدري، محمد، مرشد الحيران الى أحوال الإنسان ، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الدار العربية، عمان، ١٩٨٧م. ص١٠.

[3] . عليش ، محمد بن أحمد بن محمد (ت ١٢٩٩ هـ) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ،١٩٥٨م،٢٠٥/١. وقد نسبت الموسوعة الفقهية هذا التعريف للمالكية ولم أجده في المصادر التي رجعت إليها الموسوعة .

[4] .أورد الإمام الماوردي حقوق الارتفاق على ثلاثة أنواع : ما يختص فيه بالصحاري والفلوات ، ما يختص فيه بأفنية الأملاك، ما يختص بالشوارع والطرق، الماوردي، علي بن يحيى بن حبيب(٤٥٠هـ) ،الأحكام السلطانية والولايات العامة ، ط١، مكتبة مصطفى البابي الحلبي،١٩٦٠، ص١٨٧، الحقوق عند الشافعية تشمل مسيل الماء ،الممر، مطرح القمامات، السبكي، تكملة المجموع ٣٤٨/١٠.

[5] . ابن نجيم ، البحر الرائق ١٤٨/٦.

[6] . الدورة الثامنة عشرة، المنعقد في: كوالالامبور (ماليزيا) ، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة ، الفترة ما بين ٩_١٤ تموز ٢٠٠٧،قرار رقم ١٧١(٨١/٩)

[7] . السنهوري ، الوسيط ١٢٧٧/٩.

[8] . مصطفى الزرقا ، نظرية الالتزام العامة ص٤٧.

وقد اختلف الفقهاء في حقيقة العقار على قولين :

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أن العقار يراد به الأرض، ويلحق بها تبعية في الحكم البناء والشجر .

واستدلوا على قولهم بما يلي:

بأن لفظ العقار يعني كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله [4].

القول الثاني: ذهب المالكية[5] إلى أن العقار يعم أصالة الأرض، والبناء، والشجر.

واستدلوا على قولهم:

بأن ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر **مع بقاء هيئته، وشكله،** وحينئذٍ يتناول الأرض والبناء والغرس، وغير ذلك من كل ما له أصل ثابت مستقر.[6]

والراجح رأي المالكية: لأن الأشجار والبناء عقار بثباتهما واستقرارهما في الأرض، وتضررهما بالنقل والتحويل، ويمكن الرد على الحنفية بنفس المنطق القاضي عندهم أن الأرض لا يمكن نقلها وتحويلها، كذلك الأشجار والبناء، فلا ينقلان الإ بهدم البناء وذلك يعني إتلافه، أو قلع الأشجار وهو ما يغير ماهيتها ونفعها. وجريا على ما تقرره القوانين المعاصرة من فائدة إثبات عقاريتهما لحفظ الحقوق من التسجيل العقاري وقوانين الإجارة وغيرها .

وهذا لا يخالف القول أن الأرض تتصدر المكانة الأولى في أصالة الاستقرار والثبات،

ويمكن فهم وجهة نظر الحنفية في جعل البناء والأشجار من المنقولات، لإمكانية هدم البناء وقلع الأشجار، وذلك ما يقربهم من المنقول في الصفة، أما العقار في نظرهم هو ما تأبد قراره ، وهو وصف خاص بالأرض[7] .

والحكم على مال معين بالعقار له أثاره الفقهية في الشفعة والوقف والقبض والغصب، ليس هنا محل بسطها، ما يهم الإشارة إليه ثمرة التمييز بين العقار والمنقول في الأحكام القانونية المتعلقة بالعقار من التسجيل العقاري وقوانين الإيجار وأصول المحاكمات حديثا، وهو ما يختلف التعامل فيه بين العقار والمنقول[8] .

---

1 . ابن عابدين ، رد المحتار ٣٦١/٤ ، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢٩، ٣١/١.
2 . الماوردي، الحاوي ٢٢٦/٥، الشربيني، مغني المحتاج ٧١/٢.
3 . البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٠٢.
4 . النووي، تحرير ألفاظ التنبيه ١٩٧/١.
5 . ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٨٥٢، الدردير، الشرح الكبير ١٤٥/٣. الخرشي، محمد بن عبدالله، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل،(وبهامشه حاشية العدوي)، تحقيق: زكريا عميرات ،دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٩٧م، ١٦٤/٦
6 . ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٨٥٢، الدردير، الشرح الكبير ١٤٥/٣. الخرشي، ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل١٦٤/٦
7 . انظر السرخسي، المبسوط ٢٧٣/١١.
8 . أنظر لمزيد من التفصيل مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام ص ١٧٢_١٧٩.

وجهة نظر الحنفية في تبعية المنقول للعقار وهو ليس مقصور عندهم على الأشجار والبناء وإنما كل ما كان متصلا بالعقار تبعا كالأبواب والشرب المركبة، والحقوق كالشرب والمسيل ... فمدار القول بالتبعية عندهم " الاتصال" بالأصل وهي " الأرض " ويلحق بها تبعا ما اتصل إذا قصدت معه.

وعموما فإن القوانين المعاصرة تتجه نحو التوسع في دائرة العقار.[١]

الفرع الثاني: أصل مسألة حقوق الارتفاق.

هناك أدلة متعددة من السنة النبوية على مشروعية حقوق الارتفاق، منها ما يلي:

أولا : روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: **(من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)**[٢]

دلالة الحديث: تبعية حقوق الارتفاق لمن يملك الأصل المرتفق به ،هذا ما استنبطه الإمام البخاري من الحديث؛ أن للبائع الممر والسقي حتى يرفع أي ثمرته وكذلك رب العرية، وعقب ابن المنير وجه دخول هذه الترجمة في الفقه التنبيه على إمكان اجتماع الحقوق في العين الواحدة هذا له الملك وهذا له الانتفاع، قال: وهو مأخوذ من استحقاق البائع الثمرة دون الأصل فيكون له حق الاستطراق لاقتطافها في أرض مملوكة لغيره[٣].

وذلك يعني أن حق الارتفاق يثبت تابعا للملكية؛ لتمام الانتفاع بملكية رقبة العين، أو منفعتها.

ثانيا: روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: **((لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره)**[٤] . وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (أنه خرج في يوم جمعة فقطر ميزاب عليه للعباس فأمر به فقلع، فقال العباس **قلعت ميزابي؛ والله ما وضعه حيث كان إلا رسول الله** ﷺ **بيده فقال عمر** رضي الله عنه **: والله لا يضعه إلا أنت بيدك ثم لا يكون لك سلم إلا عمر** قال فوضع العباس

---

[١] . عرفت المادة (٦٢) من القانون العراقي : العقار بقولها : (العقار هو كل شيء له مستقر ثابت ، بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ، فيشمل الأرض والبناء والغراس) وجاء فيها أيضاً : (يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله)

فوائد هذا التقسيم في القانون، منها :

ـ إجراءات تسجيل العقار والشهر، حيث لا تنتقل ملكيته إلا بالتسجيل لدى الجهات الخاصة ، في حين أن المنقولات لا تحتاج إلى ذلك.

ـ الحيازة في المنقول تعتبر سنداً للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته في حين أن حيازة العقار إذا كانت لأقل من خمس عشرة سنة لا تعطيه هذا الحق ، بل يقع عليه عبء إثبات السبب الصحيح. انظر بالهامش : مصطفى الزرقا ،نظرية الالتزام ص١٦٥،١٦٤.

[٢] . سبق تخريجه٢٥.

[٣]. فتح الباري ابن حجر ٥/٥٠ .

[٤] . سبق تخريجه ص٢٦.

رجليه على عاتقي عمر ثم أعاده حيث كان)).[1]

دلالة الحديث : وضع النبي ﷺ حقا ارتفاقيا لبيت عمه العباس ﷺ، وهو الميزاب الذي يطلق عليه حاليا طاقة تصريف الماء، ويلحق به شبكة الصرف الصحي، وهو يعد من المرافق الخادمة للعقار، كما يحمل هذا الحديث في طياته إشارة إلى قوة حق الارتفاق على غيره من الحقوق والحريات خاصة إذا كان مملوك ملك خاصا، وقد استمد قوته من مباشرة الرسول ﷺ هذا الحق بفعله .

يؤيد ما سبق ما استدل به الإمام الشوكاني من الحديث حين قال:" فيه دليل على جواز إخراج الميازيب إلى الطريق، لكن بشرط أن لا تكون محدثة تضر بالمسلمين فإن كانت كذلك منعت".[2]

ثالثا: ما رواه الإمام مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه:((**أن الضحاك بن خليفة** ﷺ **ساق خليجا له من العريض،** فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ﷺ، فأبى محمد فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا و آخرا، ولا يضرك. فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ﷺ ، **فدعا عمر بن الخطاب** ﷺ **محمد بن مسلمة** ﷺ. **فأمره أن يخلي سبيله. فقال محمد: لا فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع تسقي به أولا و آخرا، وهو لا يضرك،** فقال محمد: لا والله. فقال **عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك** ﷺ)).[3]

دلالة الحديث: يستفاد من الحديث أمران: **الأمر الأول:** إثبات حق مجرى الماء من ارض محمد لمصلحة ارض الضحاك، وفيه إقرار حق الارتفاق الخاص بحق المجرى وما يقاس عليه من حقوق .

الأمر الثاني: غلبة حق الارتفاق في قوته على الحق في الاحتفاظ بخصوصية الملك _ أرض محمد بن مسلمة ﷺ _ بشرط عدم إضرار حق الارتفاق بملك الغير عند إثباته وتقريره، وهذا يعود في تقديره إلى الحاكم أو من يقوم مقامه حاليا من ذوي الخبرة، والاختصاص في هذا الشأن.

---

[1] . أخرجه البيهقي في سننه، حديث رقم١١١٤٥، كتاب:الصلح، باب: نصب الميزاب واشراع الجناح، ٦ / ٦٦، ورواه احمد في مسنده حديث رقم ١٧٩٠، مؤسسة الرسالة، ٣٠٩/٣، بسند هشام بن سعد عن عبيد الله بن عباس بن عبد المطلب أخي عبد الله ، قال ابن الملقن : وهشام هذا حسن الحديث ، ضعفه النسائي وغيره ، وخرج له مسلم متابعة . ابن الملقن ،البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الوقعة في الشرح الكبير، تحقيق: جماعة دار الهجرة ، ٦ / ٦٩٠.

[2] . الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، دار الجيل ، بيروت –لبنان ،٢٦٣/٥.

[3] . رواه الإمام مالك في الموطأ باب القضاء في المرفق، رقم الحديث : ٢٧٦٠، مالك بن أنس،الموطأ،ط١ تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان ، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م، ١٠٧٩/٤.

<u>تخريج حقوق الارتفاق على القواعد الشرعية الآتية</u>[١]:

قاعدة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[٢].

إن صاحب العقار لا يتمكن من الاستفادة والانتفاع بعقاره إلا بطريق يوصله إليه، وموقف يوقف سيارته فيه، فإذا توقفت منفعته على هذه المرافق كانت من لوازم الدار .

وجاء في الطرق الحكمية:(ولو احتاج إلى إجراء مائة في أرض غيره من غير ضرر لصاحب الأرض فهل يجبر على ذلك؟ روايتان عن أحمد، والإجبار قول عمر بن الخطاب، وغيره من الصحابة رضي الله عنهم).[٣]

قاعدة : الوسائل لها أحكام المقاصد[٤].

إن الساكن لما كان لم يصل إلى سكنه، أو لا يحقق كمال الانتفاع بسكنه الإ بوسيلة توصله إليه، فإن هذه الوسيلة تأخذ حكم المقصد الذي يقصده فيضحى الارتفاق بالطريق، أو المصعد، أو الموقف، أو التكييف، أو نحو ذلك مقصودا كالسكن نفسه .

قاعدة : الحريم له حكم ما هو حريم له[٥].

حريم الشيء: ما حوله من حقوقه ومرافقه سمي بذلك؛ لأنه يحرم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به.[٦]

الأصل في حريم العقار وما في حكمه؛ كالبئر والنهر، أنها من التوابع اللاحقة بأصلها في الملك، بحيث لا تفرد بعقد.[٧] ومن تطبيقاتها في القانون الارتدادات الخاصة بالعقارات، بحيث يعد خط الارتداد حدا لا يجوز البناء بعده، وينتفع بها لخدمة العقار بالتهوية والمناور.... [٨]

قال الإمام السيوطي:(حريم المعمور مملوك لمالك المعمور في الأصح، ولا يملك بالإحياء قطعا، أي ليس لأحد أن يحيه فيكون له، بل هو محيي بإحياء المعمور فمالك المعمور يستحق

---

[1] .انظر(بتصرف) بحث احمد الحداد ، حقوق الارتفاق، الدورة الثامنة عشرة، المنعقد في : كوالالامبور (ماليزيا)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة ، الفترة ما بين ٩_١٤ تموز ٢٠٠٧،ص٤،

[2] . الزركشي، المنثور في القواعد١/٢٣٥. ابن اللحام ، علاء الدين ابي الحسن ، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، تحقيق: عبد الكريم الفضلي، المكتبة العصرية ، ١٩٩٩م. ١/١٣٠.

[3] . ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية١ / ٣٧٧

[4] . عبد الرحمن السعدي ، القواعد والأصول الجامعة ٦/١

[5] . السيوطي، الأشباه والنظائر ١/١٢٥.

[6] . الفيومي،المصباح المنير ١ / ١٣٣.

[7] . انظر السرخسي، المبسوط ،١٦٢/٢٣الحطاب، مواهب الجليل، ٦٠٣/٧،ابن جزي، القوانين الفقهية ص٣٣٩، الماوردي، الحاوي،٤٨٨/٧،ابن قدامة، المغني ١٦٨/٦.

[8] . وهي الفسحة غير المغطاة التي تقع مابين أي مبنى أو منشأ أو إنشاء قائم أو مشيد بشكل فعلي أو مقترح وبين حدود قطعة الأرض التي أقيم أو سيقام عليها البناء ، وتكون الارتدادات أمامية وخلفية وجانبية، يحيى زعبي،سعاد شهاب ، أحكام البناء والتنظيم في الأردن ،ط١، ١٩٩٣م، بلا دار نشر ص١٠.

مرافقه).[1]جاء في خبايا الزوايا:(لا يصح بيع شرب الأرض وحده، وكذا حريم الملك دونه، وقال النووي: لو باع حريم ملكه دون الملك، لم يصح؟) .[2]

الفرع الثالث: يرد حق الارتفاق باعتبار الملك على محلين

المحل الأول: الأملاك والمرافق العامة: حيث تعد الدولة المالك لها المسئولة عن نفقاتها وصيانتها وغير ذلك من حاجات لبقاء عينها ومنفعتها مثال ذلك ؛الانتفاع بالطرق العامة كالسير والإنارة والجلوس في الأماكن المخصصة لذلك ، والمواقف العامة للسيارات، و الحدائق والمتنزهات والاستراحات العامة ... وغيرها للاستمتاع بكافة الوجوه المشروعة لذلك، ويدخل في حكمها المباحات العامة كالأنهار وأشجار الغابات، هذا ما أقرته الشريعة الإسلامية بقول الرسول ﷺ : (الناس شركاء في ثلاث، الماء، والكلأ، والنار)[3]. بشرط عدم إضرار المنتفع بالآخرين، وللحاكم تقييد هذا الحق عند الإضرار[4] .

وهناك جزئية هامة تتعلق في ملكية الغلات والثمار الناتجة عن الأملاك العامة، فهذه وإن كانت لا تقبل الملكيات الفردية، الإ انه يمكن تمليك ثمراتها إن كان لها ثمرة؛ لأن ثمراتها في حكم الأموال الخاصة من حيث قابلية التمليك، حتى إن المسجد إذا كان فيه شجر مثمر، جاز بيع ثمرته، وصرف ثمنها في مصارف غلة الوقف[5].

وهذا يقاس على كافة الأملاك العامة التي تشرف عليها الدولة ممثلة بمؤسساتها المالية من البلديات وغيرها، بحيث تعد التوابع المالية الناشئة عنها؛ من غلات وأرباح تابعة في ملكيتها لتلك المؤسسات، تصرفها في الوجوه التي خصصت لها .

إلا أن هناك وقائع متجددة في حق العبور، وسائر الحقوق ففي كثير من البلدان توجد طرق، وجسور مملوكة لشركات خاصة وأحيانا لبلديات، وحكومات، ويكون العبور عليها بثمن محدد[6] ويمكن وصف هذا النوع بالارتفاقات المقصودة أصالة .

المحل الثاني: الأملاك الخاصة: وهي الارتفاقات التي ترد على ما ملكت عينه أو منفعته، بعقد بيع أو إجارة مثل الموقف، والسقف، والجدار، والنادي، والحديقة، والمصعد، ومن التطبيقات

---

[1] . السيوطي، الأشباه والنظائر ١٢٥/١.
[2] . انظر مع الهامش الزركشي، خبايا الزوايا ، ١٠٩ .
[3] . أخرجه أبو داود حديث رقم٣٤٧٧، كتاب: البيوع ، باب: في منع الماء، ٣٠٠/٢، والبيهقي في سننه،حديث رقم: ١١٦١٢، كتاب:إحياء الموات، باب: ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة ٦ /١٤٩. جاء في نصب الراية: قال البيهقي في المعرفة: وأصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات، وترك ذكر أسمائهم في الإسناد لا يضر إن لم يعارضه ما هو أصح منه. ٢٩٤/٤.
[4] . انظر الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص ١٨٧_١٨٩ .
[5] . انظر مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام العامة ص٢٣٠.
[6] . احمد محمد، وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة ص٢٤٥.

القديمة لحقوق الارتفاق كما تناولها الحنفية : حق الشرب، وحق المجرى، وحق المرور، وحق الجوار، وحق الشفة، وحق المسيل، وحق التعلي [1].

حيث تعد حقوق الارتفاق المملوكة ملكا خاصا هي المقصودة بالدراسة لتعلق قاعدة التبعية بمحلها .

صلة التبعية بحقوق الارتفاق:

هناك عدة أسبابا منشئة لحقوق الارتفاق، وهي[2]:

١. إذن المالك، في الأموال الخاصة ،إما بطريق المعاوضة، أو التبرع. ٢. الضرورة.

٣. إحياء الموات. ٤. الجوار والأملاك المشتركة.

ولعل ما يعنينا من هذه الأسباب، ما تعلق بها بالملكية الخاصة، وذلك عند انتقال ملك العقار بطريق المعاوضة، فتنتقل حقوق الارتفاق المتعلقة به تبعا له في الملكية؛ لمقصد تكميل وتتميم الانتفاع بالعقار المخدوم، والاستفادة من مصالح ومقاصد نشوء الحقوق الارتفاقية .

ذلك أن حقوق الارتفاق ما هي إلا توابع لأصولها العقارية تُملك؛ لاتصافها بالتبعية، موافقة في نظري هذا الحنفية في تأصيلهم حقوق الارتفاق باعتبارها تابعة لأصلها، وخلاصة الرأي عند الحنفية أن حقوق الارتفاق تابعة للعين؛ لذلك خرّجوا عليها أحكام التابع المعروفة في فقههم القاضية؛ بأن لا يعقد عليها مستقلة بل تابعة لأصلها، محتجين بالقول: إنه يجوز أن يجعل الشيء تبعا لغيره، وإن كان لا يجوز مقصودا، ولا يدخل الشرب في بيع الأرض إلا بالتسمية صريحا، أو بذكر ما يدل عليه بأن يقول: بعتها بحقوقها، أو بمرافقها، أو كل قليل وكثير، وقالوا بدخول حقوق الارتفاق بعقد الإجارة، من غير تسمية استحسانا ؛لأنه لا يمكن الانتفاع بالأرض بدون

---

[1] . انظر الكاساني، بدائع الصنائع ١٦٩/٥

حق الشِّرب: فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض.

ويلحق به حق الشفة: وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي. وسمي بذلك لأن الشُّرب يكون عادة بالشفة.

وحق المسيل: هو مجرى على سطح الأرض، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل. **والفرق بين المسيل والمجرى:** أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار. وحكمه مثل حق المجرى، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين.

وحق المرور: هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد، أم خاصاً مملوكاً للغير. **فالطريق العام** يحق لكل إنسان المرور فيه. **والطريق الخاص:** يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه، وليس لهم سده أمام العامة للالتجاء إليه.

وحق الجوار: الجوار نوعان: علوي وجانبي، وفيه حقان:

أ . **حق التعلي:** وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفل، أي الحق الطابقي أو حق العلو.

ب . **حق الجوار الجانبي:** وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر.

_ ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفل، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد، وليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر، وإذا أنهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات، إذا بني بإذن القاضي أو إذن صاحب السفل، فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البناء وقت تمامه، لا بما أنفق؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإنفاق.

وليس لصاحب الجوار الجانبي إلا حق واحد وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه ضرراً فاحشاً بيِّناً: وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤ /٤٢١

[2] . مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثامنة عشر، بحث حقوق الارتفاق . قرار رقم ١٧١(٨١/٩).

حق الشرب مثلا، مع اعتبار حكم العرف فيما سبق، مخالفة الحنفية في نظرتهم إلى حقوق الارتفاق أنها ليست أموالا، ولا تفرد بعقد، أي لا تستقل عن العقار بالمعاوضة [1]، بل هي حقوق مالية متعلقة بأعيان مالية، وهذه الحقوق تعتبر أموالا ، ويجوز إفرادها بعقد معاوضة بيعا وشراء، عندما يعقد عليها أصالة .

وتختلف تبعية حقوق الارتفاق لأصولها باختلاف نوع الملكية؛ فإذا توجهت إرادة العاقد نحو الملكية التامة التي تقتضي تمليك العين تمليكا مقصودا، مثل البيع والوصية، فلا بد من ذكر حقوق الارتفاق بالعقد والنص عليها؛ لأن هذه العقود المقصود بها قصدا أوليا تملك الرقبة، وتمليك الرقبة في ذاته لا يحتاج إلى هذه الحقوق، وليست هي تابعة له؛ لأنها مرافق للانتفاع [2].

وأما الملكية الناقصة، التي يكون الانتفاع فيها هو الغرض المقصود كعقد الإجارة فحقوق الارتفاق فيها تابعة للعقار وممحضة فيها للتبعية له؛ لأن الانتفاع لا يكون إلا بحقوق الارتفاق فكأنها قد دل عليها بطريق التضمن والاقتضاء، وكأن العقد مشتمل عليها من غير نص يشملها، ولذا لو نص في عقد الإجارة على استثناء حقوق الارتفاق بطل العقد؛ لأن المنفعة – وهي المعقود عليه فيها– تكون غير متحققة وغير ثابتة.[3]

و**لمعترض أن يقول:** كيف يكون الجوار الذي يعد سببا منشئا لحقوق الارتفاق، تابعا لملك العقار؟

يجاب عن ذلك: أن حق الارتفاق الذي ينشأ بسبب الجوار، إنما ينشأ في الحقيقة لإطلاق انتفاع المالك بملكه ومن صوره سبيل الارتفاق بما يخص محيط ملكه أو يتعداه إلى الانتفاع بمرافق الغير كالجار، والأملاك المشتركة، وهو ما يوصف بتوابع الملك. دون الإضرار
بملك الغير المرتفق به، مراعاة للأصل الشرعي (لا ضرر ولا ضرار)[4] بحيث يستفاد من الحديث مبدآن في هذا الموطن من الاستدلال:

المبدأ الأول: رفع الضرر الواقع على ملك الإنسان إن لم يرتفق بمرافق الغير، كالجار والأملاك المشتركة؛ لذلك شرعت حقوق الارتفاق .

---

[1] . انظر ابن الهمام ، كمال الدين (ت ٨٦١هـ) فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين المرغناني ،علق عليه وخرج أحاديثه : عبد الرزاق المهدي،ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م،٧/٤٠-٤٢. ابن عابدين، رد المحتار ١٨٠/٤ وما بعدها، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦.

[2] . انظر أبو زهرة، محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي،ص١٠٠

[3] .انظر محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص١٠٠.

[4] . رواه البيهقي في السنن الكبرى،رقم الحديث: ١١١٦٦،كتاب : الصلح ، باب (لا ضرر ولا ضرار) ٦٩/٦، رواه مالك في الموطأ ،حديث رقم: ٢٧٥٨،كتاب الأقضية ، باب: القضاء في المرفق، ١٠٧٨/٤، رواه احمد في مسنده ، رقم الحديث : ٢٨٦٥، ٥٥/٥.
وينقسم الضرر إلى نوعين : ضرر جوار وضرر عام ، فالضرر المتعلق بالجوار يتمثل في ضرر التكشف والإطلاع ،وإحداث اهتزاز يضعف جدار الجار ، وإحداث أنشطة تحت الدخان والرائحة...، أما الضرر العام مثل إخراج الأجنحة والزيادات وإحداث ما يخشى الخطر منه، مثل الحائط المائل والأنشطة الاقتصادية التي تقوم على استعمال النار والمتفجرات، وكذلك الإزعاج الناجم عن الأصوات وتقليل الإضاءة والهواء. انظر مصطفى حموش، فقه العمران الإسلامي ص٨٢.

المبدأ الثاني: رفع الضرر عن ملك الغير إن أضر به عند السماح للغير بالارتفاق بملكه الخاص؛ كمجرى الماء، وحق التعلي ...

الضابط الذي يراعي المبدأين حسن تقدير الحاجة والمصلحة، عند إقرار حق الارتفاق، وإثباته على وجه يحقق المنفعة المرجوة منه ، مع مراعاة حق الآخر برفع الإضرار عنه .

كما وصف حق الارتفاق بأنه حق تابع هذا ما فصله السنهوري قائلا: أي تابع للعقار المرتفق به فهو من ملحقاته الايجابية، ولا ينفصل عن هذا العقار فيما يجري على العقار من تصرفات، فإذا بيع العقار المرتفق به، أو رهن، أو وهب، أو جرى عليه أي تصرف أخر، فان التصرف يشمل العقار، وحق الارتفاق معا، وكذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع، أو حق استعمال، أو حق سكنى، فإن هذا الحق يمتد أيضا، إلى حق الارتفاق، وإذا حجز على العقار إن الحجز يشمل العقار، وحق الارتفاق .

فحق الارتفاق يتبع إذن العقار المرتفق به أينما انتقل، ويجري عليه ما يجري على العقار، وكذلك يتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به، على النحو الذي يتبع به العقار المرتفق، فإذا بيع العقار المرتفق به، أو وهب، أو رتب عليه حق انتفاع، أو حق رهن، أو جرى عليه أي تصرف أخر، فإنه يجري عليه هذا التصرف، وهو محمل بحق الارتفاق، فينتقل إلى المشتري ، أو الموهوب له، أو المنتفع مثلا بحق الارتفاق [١].

وتقرير معنى حق الارتفاق تابع لأصله أنارته قاعدة فقهية مفادها" التبع مذكور بذكر الأصل" [٢] و" التبع يملك بملك الأصل ".[٣]

وللحديث عن حقوق الارتفاق بوصفها أحد أنواع توابع الأموال، لا بد من تقسيمها إلى قسمين:

أولا: حقوق ارتفاق لا يمكن فصلها عن أصلها :

وهي الحقوق الثابتة للعقار بحيث لا يمكن فصلها عنه، وهي الحقوق التي تقوى فيها التبعية ، إلى درجة يمكن القول فيها إن السبب الرئيس لملكية هذه الحقوق، هي تبعية هذه الحقوق إلى أصلها؛ ويمكن وضع ضابط لهذه الحقوق بالقول :

إن كل ما كان مثبتا بالعقار، بحيث إذا ما تم فصله يتضرر الأصل، وتنقص المنفعة المنشودة منه بالانفصال؛ وهي حقوق الارتفاقية المتصلة بأصلها اتصال ثباتا وضرورة .

أمثلة: شبكة الصرف الصحي، والإنارة والأسلاك الكهربائية، وخزانات المياه والمضخات المائية، ومواقف السيارات لكافة العقارات السكنية أو الخدمات (إن وجدت ضمن المخطط

---

1. السنهوري، الوسيط ١٢٨٣/٩.
2. السرخسي، المبسوط ١٥٨/١٥
3. السرخسي، المبسوط ١٩٥/٢٣.

العمراني المبني، وبحكم الواقع أصبحت هذه المواقف من الشروط العمرانية الأساسية التي لا يمكن الترخيص الإ بوجودها)، والتكييف المركزي، والمصاعد (آثرت إيرادها هنا لضرورة الحاجة إليها خاصة في المجمعات السكنية الكبيرة، والمستشفيات، الأبراج)، وغيرها مما يقاس عليها .

الأحكام الفقهية المتعلقة بها:

١. وجوب توفر هذه الحقوق ضمن ملك العقار .

٢. تدخل في العقد تبعا تمليكا، أو إيجارا، وان لم ينص على ذلك صراحة، وتكون مستحقة الانتفاع بمجرد العقد .

٣. لا تفرد بعقد بيع، أو إيجار.

٤. لا بأس أن تزيد قيمة العقار عند احتسابها من ضمن العقد؛ لأنها لا تفرد بثمن .

٥. منع إشغال هذه الحقوق لغير حاجة المستحقين لها، بحيث يلحق الإضرار بهم .

ثانيا : حقوق ارتفاق يمكن فصلها عن أصلها :

هي اللوازم والمكملات للعقار المرغوب فيها لدى العاقد المتملك لها، بحيث يمكن فصلها عن العقار، مع وجوب المراعاة في أحكامها باختلاف الأعراف والأماكن .

أمثلة : كافة المرافق الترفيهية من حدائق، وألعاب أطفال، وأحواض سباحة التابعة للفلل، والعمارات، والأبراج، وخط الهاتف السلكي، وخط الانترنت، والخدمات الخاصة بالسكان (غرفة الغسيل، وتجفيف الملابس، وحمام السباحة، والنادي الصحي، والمخزن، والتكييف العادي، ...)

الأحكام الفقهية المتعلقة بها :

يختلف الحكم بحسب الأعراف، والقوانين الخاصة بالإنشاء والتعمير بين البلاد .

فهناك عدد من البلاد التي تعد فيها هذه الحقوق من اللوازم الأساسية للعقار التي لا يستغني عنها الساكنين؛ فقد نصت لائحة شروط ومواصفات البناء لبلدية دبي في المادة رقم ١٨: على أن المرافق التي تكون تحت الأرض(السرداب) لا يجوز استعمالها، أو استغلالها لغايات السكن، أو المكاتب، أو الاستعمالات التجارية، بل يقتصر استعماله، أي السرداب فقط للأغراض التالية :

١. مواقف سيارات والخدمات الخاصة بالمبنى(غرفة كهرباء، هاتف، مضخات، وما في حكمها).

٢. الخدمات الخاصة بالسكان(غرفة الغسيل، وتجفيف الملابس، حمام السباحة، والنادي الصحي، والخدمات الملحقة بهما وألعاب الأطفال والألعاب الرياضية).

١. توفر هذه الحقوق يرجع إلى رغبة المالك والمنتفع بها، أي غير لازمة عند تمليك العقار .

٢. لا تستحق بالعقد الإ بالذكر أو الاشتراط، ويمكن أن تفرد بالثمن إذا لم يتم العقد عليها ابتداء تبعا للعقار، ولكن إن رغب الساكن الاستفادة من هذه المنافع أثناء العقد، وهنا يأتي حكم انقطاع التبعية، فتنقطع تبعية حقوق الارتفاق عن أصلها، وتقصد ذاتا منفردة عن أصلها بالعقد ، لكن يتنبه إلى قضية انقطاع التبعية في حقوق الارتفاق يأتي حكما وليس حقيقة، بحيث انقطعت تبعية هذه الحقوق بناء على عدم رغبة العاقد بتملكها ابتداء عند العقد على أصلها (وهو العقار) والانتفاع بها، فإن رغب الساكن أثناء العقد الانتفاع بهذه الحقوق، عقد عليها وجعل لها حصة من الثمن، بحيث ترجع التبعية لها حقيقة بوصفها من توابع العقار المرتفق به، وهذا الكلام يتصور في عقد الإجارة لا البيع؛ لأن البيع يقع التمليك فيه تاما، فلا رجعة للمشتري على البائع بالملك الإ في أحكاما معينة ليس هنا محل تفصيلها.[١]

٣. أن يمنع إشغال هذه الحقوق لغير حاجة المستحقين لها – وهم سكان الشقق والطوابق –، بحيث يلحق الإضرار بهم؛ بعدم تحصيل المنفعة المقصودة منها ، واستغلالها لغايات أخرى [٢].

حكم يشمل القسمين :

وهناك ما يعرف بصيانة حقوق الارتفاق التي تحتاج إلى ذلك، فيفرض على الساكنين رسوما شهرية، أو سنوية، أو عند استخدامها، من اجل صيانتها، ويتعين أن تكون لقصد الصيانة لا الربح؛ لأنها مستحقة لكل ساكن يملك المنفعة، أو العين، ومن يملك المنفعة لا يبذل ثمنها لغيره، فإن ذلك يدخل في مفهوم ربح ما لم يضمن المنهي عنه .[٣]

وإذا اشترك غير واحد في ملكية بناية معينة، توزعت تكاليف الصيانة، وإدارة العقار على حسب الملك، جاء في القانون المدني الأردني المادة (٧) : على كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ القسم المشترك، وصيانته، وإدارته، ويكون نصيبه من هذه التكاليف بنسبة قيمة ما يملك من العقار، كما هو مبين في نظام إدارة البناء، وكل مالك يسبب زيادة في النفقات يكون مسؤولا عنها.[٤]

وجاء في القواعد الفقهية : فيمن اشترى شجرا، وعليه ثمر للبائع أن أحدهما إذا طلب السقي لحاجة ملكه إليه أجبر الآخر على التمكين لدخوله على ذلك، وتكون الأجرة على الطالب لاختصاصه بالطلب دون صاحبه[٥].وهذا يدل على أن نفقة الارتفاق تكون على من انتفع بها .

---

[1] . تدخل في العقد تبعا تمليكا وإيجارا، وان لم ينص على ذلك صراحة، وتكون مستحقة الانتفاع بمجرد العقد على أصلها (في البلد الذي يشترط ذلك عند البناء والتمليك؛ دبي مثلا)

[2] . انظر احمد عبد العزيز الحداد، بحث حقوق الارتفاق ،ص١٥-١٧. الزعبي، يحيى سعاد شهاب ، أحكام البناء والتنظيم في الأردن ، ط١، بلا دار نشر، ١٩٩٣م .

[3] . احمد عبد العزيز الحداد ،بحث حقوق الارتفاق ، ص١٧ . وانظر السبكي، تكملة المجموع ١١/ ٢٧٠_٢٧٢.

[4] . موسوعة القوانين الأردنية، http://www.wasmia.com/lowjo.htm.

[5] . ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي ١/ ١٥٤

ويلحق مسألة حقوق الارتفاق، ما يدخل عند بيع عقار معين من ملحقات تتعلق بالمباني السكنية، والتجارية، وقد يصطلح عليه عند بعض الفقهاء "بالمداخلة "[1]، وذلك يتحدد من خلال محددات أهمها :

- طبيعة العقار المراد تملكه؛ مثل الشقق السكنية والمستشفيات، والفنادق، والمحلات التجارية، أو المجمعات التجارية وغيرها؛ لأن غايات التملك تختلف من عقار لأخر تبعا لذلك تختلف التوابع العقارية، واللواحق المقصودة حسب طبيعة العقار.
- الاتفاق المبرم بين العاقدين؛ وهي حرية التملك والتمليك في الأموال الخاصة عند تداولها، وهذا محدد نسبي يختلف حسب رغبات المتعاقدين؛ فقد يرغب أحد أن يتملك المصابيح (الثريات) الموجودة في البيت، ولا يرغب فيها غيره، وهكذا ...
- العرف العام الذي يحكم في دخول هذه التوابع العقارية، والملحقات الضمنية عند تملك العقارات من مباني سكنية، أو تجارية .

إن استثناء حقوق الارتفاق يخضع للعرف، والاتجاه العام للقانون، قال مصطفى حموش: قد تكون هذه الاستثناءات خاضعة للعرف دون أن تذكر في نصوص العقود، وتختلف من بلد لآخر حسب أساليب البناء، والاستعمال، ويعبر عن هذه المسألة الفقهية في وثائق المحاكم الشرعية بصبغة معيارية عند كتابة عقود البيع للتأكد من انتفاء الاستثناء، ودخول جميع أجزاء العقار في البيع .[2] وتعرف المحاكم التي ترعى ذلك في الأردن بالمحاكم المدنية أو النظامية .

وقد خلُص السنهوري إلى أن الملحقات تتحدد **بحسب جنس الشيء، والعرف**؛ فالمنزل يتبعه حوشه وحديقته، ومفاتيحه، والأبنية الملحقة به، كالبناء المعد للخدم، أو الخدمة، أو لقضاء الحاجات المنزلية من غسل وطبخ وغير ذلك، ومستأجر طابق في منزل له أن ينتفع مع بقية المستأجرين بمرافق المنزل المشتركة، كالدخول من الباب العمومي، والصعود على السلم ، والانتفاع بسطح المنزل، لكنه لا يختص بشيء من هذا وحده، الإ بالاتفاق بينه وبين المؤجر.[3]

وقد جاء في قانون ملكية الطوابق والشقق (الأردني): المادة (٢): القسم المشترك: هي أرض، أو أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، أو أي جزء أخر يسجل بهذا الوصف، أو تقتضي طبيعة البناء أن يكون مشتركا فيه وتشمل بوجه خاص:

١. الأساسات والجدران الرئيسية .

---

[1] . انظر الدردير، الشرح الصغير ٢٢٦/٣

[2] . حموش، مصطفى احمد، فقه العمران الإسلامي، من خلال الأرشيف العثماني الجزائري ٩٥٦هـ/١٥٤٩م_ ١٢٤٦هـ /١٨٣٠م. من واقع الأوامر السلطانية وعقود المحاكم الشرعية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وأحياء التراث – دبي ،ط١، ١٤٢١هـ _٢٠٠٠ م، ص٤٥.

[3] . السنهوري ، عقد الإيجار، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية ، بيروت –لبنان .

٢. الجدران الفاصلة المشتركة، والجدران المعدة للمداخن.

٣. مجاري التهوية لبيوت الخلاء.

٤. ركائز السقوف، والقناطر والمداخل والسلالم، وأقفاصها، والممرات، والدهاليز، والمصاعد، وغرف البوابين.

٥. أجهزة التدفئة، والتبريد، وسائر أنواع الأنابيب، والقساطل، والمزاريب، والمجاري . والتركيبات، والتمديدات المشتركة؛ كتجهيزات الإنارة، والمياه، وملحقاتها الإ ما كان منها داخل الطابق، أو الشقة .[1]

كما ذهب القانون الأردني في تشريعاته إلى تقرير مبدأ تبعية المتولد من العين المملوكة بالاشتراك إلى مستحقيها؛ حيث جاء في المادة (١٢) إذا تجاوز عدد الطوابق، أو الشقق الأربعة في الأبنية المقيدة وفقا لإحكام هذا القانون فان أصحابها يشكلون حكما جمعية فيما بينهم لإدارة العقار المشترك، ويكون لهذه الجمعية الشخصية المعنوية، ويمثلها أمام القضاء، أو أمام أي جهة أخرى المدير الذي يعين وفق أحكام نظام إدارة البناء، إذا أضاف المالكون إلى القسم المشترك طابقا، أو شقة، أو أكثر وفقا لأحكام الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من هذا القانون، فانه يحق لمدير الجمعية تأجير ذلك العقار، أو الشقة، وقبض بدل الإيجار، وصرفه في سبيل إدارة العقار المشترك لحساب جميع المالكين .[2]

---

[1] . موسوعة القوانين الأردنية، http://www.wasmia.com/lowjo.htm.

[2] . موسوعة القوانين الأردنية، http://www.wasmia.com/lowjo.htm.

المبحث الثالث: التبعية باعتبار وصفها

" تبعية القلة والكثرة " و" الندرة والغلبة ":

إن المطالع للنصوص الفقهية يرى اعتبارا عند الفقهاء لأوصاف القلة والكثرة، والندرة والغلبة في الأحكام الشرعية؛ من خلال تحقيق هذه الأوصاف في المعاملة المالية وجودا، وعدما، وقصدا...على نحو ظهرت صلة التبعية بجلاء في ثناياها، فالقليل النادر يعد تابعا للكثير الغالب بوجه عام، وإن كانت هناك بعض الاستثناءات .

ويأتي النوع الثالث من أنواع التبعية، ليلقي الضوء على اعتبار الوصف المؤثر في التوابع ، وهو القلة أو الندرة في المعاملة المالية نسبة للأصل الكثير الغالب .

المطلب الأول: معنى القلة، والكثرة، والغلبة

القلة : من قَلَّ فهو قليل، وقد يعبر بالقِلَّةِ عن العدم، فيقال: قَلِيلُ الخير أي لا يكاد يفعله.[1]

ويطلق على **اليَسِيرُ**: القليل، وشيء يسير أي هين[2].

النَّدْرَةُ: من ندر، وندر الشيء أي سقط من جوف شيء، أو من بين أشياء فظهر. [3]

الكثرة: معظم الشيء وأكثره[4]، وهي نماء العدد وقد تستعمل في زيادة الفضل، والأكثر: ما فوق النصف، والأكثر يقال على الأغلب، وفي الأغلب على الأكثر.[5]

الغلبة: من غلب، ويدل على قوة وقهر وشدة، من ذلك: غلب الرجل غلبا وغلبة، قال تعالى: ﴿ وَهُم مِّنۢ بَعۡدِ غَلَبِهِمۡ سَيَغۡلِبُونَ ﴾[6]، وفي حديث ابن مسعود ﷺ **(ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال)**[7] أي إذا امتزج الحرام بالحلال، وتعذر تمييزهما؛ كالماء، والخمر ونحو ذلك صار الجميع حراما .[8]

يلاحظ من المعاني اللغوية ما يلي :

---

1 . الفيومي، المصباح المنير ٢ / ٥١٤، الفيروز أبادي،القاموس المحيط ١ / ١٣٥٦

2 . الرازي، مختار الصحاح ١/ ٧٤٥.

3 . الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ٦١٨/١، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣٢٧/٥.

4 . الفيروز أبادي ،القاموس المحيط ١ / ٦٠٢، النووي ،تحرير ألفاظ التنبيه ١ / ٢٠٦

5 . انظر المعجم الوسيط ٢ / ٤٧١،٢٢٧.

6 . سورة الروم : آية ٣

7 . قال ابن حجر : وهو حديث يجري على الألسنة ولم أجده مرفوعا إلا أن عند عبد الرزاق أخبرنا الثوري عن جابر عن الشعبي عن عبد الله قال: ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال وهو ضعيف منقطع. قال الزيلعي: وهذا الحديث وجدته موقوفا على ابن مسعود، أخرجه عبد الرازق في مصنفه في الطلاق حدثنا سفيان الثوري عن جابر عن الشعبي، قال: قال عبد الله ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال، قال سفيان: وذلك في الرجل يفجر بامرأة، وعنده ابنتها أو أمها، فإنه يفارقها، انتهى. قال البيهقي في سننته: رواه جابر الجعفي عن ابن مسعود، وجابر ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع، انتهى.ابن حجر ت(٨٥٢هـ) الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: عبد الله هاشم المدني، دار المعرفة،بيروت ، ٢ /٢٥٤، الزيلعي ، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي،ط١، تحقيق: محمد عوامة ، مؤسسة الريان، بيروت_ لبنان،١٩٩٧م، ٤ / ٣١٤ .

8 . ابن منظور، لسان العرب ١ /٦٥١، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٤ /٣١٢.

- تقارب ألفاظ القلة والندرة في اللغة إلى معنى السقوط الاعتباري في الحكم .
- أن لفظ الكثير يدل على النماء، ولفظ الغالب يدل على السيطرة في الاعتبار.

وقيل إن الكثرة تطلق في اللغة على ما هو كثير حسب النظر والعرف، دون ملاحظة النسبة المئوية، بأن تزيد على ٥٠%، فالعرب يطلقون على الشيء انه كثير، ولا يتصورون لأنه أكثر من الباقي، أيضا الكثرة والقلة لفظان يستعملان في وصف الكمية المنفصلة، كالأعداد[١].

وقد جاء استعمال الفقهاء لمصطلحات القلة والكثرة، موافقا لما بناه اللغويون في معاجمهم، مع الآخذ بعين الاعتبار موضع المصطلح في الباب الفقهي المعالج فيه كل حسب طبيعته، وذلك نجده جليا في باب الطهارة، والصلاة، والزكاة، والبيوع، وغيرها، أيضا تناول علماء الأصول"القلة والكثرة": في قاعدة الموازنات بين المصالح والمفاسد، وقاعدة الوسائل والمقاصد، والجزئيات والكليات، أو قواعد الترجيح عند التعارض في الأدلة والحقوق والأشياء كل ذلك يقوم على هذا أساس، حتى القياس يقوم على غلبة شبه على شبه أخر، وكذلك الأعراف إنما يرجح عرف على أخر، إما باطراد وعمومه، أو بغلبته [٢].

وقد أصّل الريسوني في نظريته التقريب والتغليب لمصطلح الغلبة، بقوله: الأخذ بالتغليب يرجع إلى عنصر الغلبة أياً كان موجبها، فالتغليب: هو الأخذ بأحد أمرين، أو بأحد أمور، وتقديمه على غيره في الاعتبار، لمزية تقضي هذا التغليب، ويكون هذا في الأدلة، والأمارات، ويكون في الظنون، والاعتقادات، ويكون في المقادير، والصفات[٣]، وهو مصطلح استعمل في ترجيح الحكم الشرعي عند ظهور قاعدة القلة والكثرة في المسائل الفقهية .

<u>علاقة القلة والكثرة أو الغلبة بقاعدة التبعية:</u>

إن القليل يتبع الكثير في الحكم، وهو ما يؤسس الصلة بين قاعدة " القلة والكثرة " وقاعدة " الأصالة والتبعية "، وبوجه عام يحكم على القلة بالتبعية؛ لأنها غير مقصودة، إذ القصد غالبا ما يتوجه نحو الكثير الغالب في العقود أو نحو المقصود أصالة من العقد .

قال الإمام مالك: "الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له؛ نقدا كان،أو دينا، أو عرضا يعلم، أو لا يعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقدا أو دينا، أو عرضا".[٤]

---

1 . القرة داغي، اثر الديون ٥٢-٥٣. انظر الفيومي، لسان العرب ٣٨٢٧/٥.

2 . انظر شيخي زاده، مجمع الأنهر ١٨/٣،ابن عبد البر، الكافي ص١٥٦، الهيثمي، تحفة المحتاج ٣٤٠/٣،الشربيني، مغني المحتاج ٣١/٣، ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٥٠٤/٢١، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ١/١_٤٦ ، الشاطبي، الموافقات، وانظر القرة داغي ، بحث أثر النقود والديون ، ص٥٧

3 . الريسوني ، التقريب والتغليب ص ٣٠-٣١

4 . ابن عبد البر، الاستذكار ٢٧٥/٦.

واستنتج الدكتور القرة داغي من كلام الإمام مالك؛ عدم اشتراط كون المال التابع أقل من ثمنه، وفي هذا دلالة على عدم النظرة إلى القلة والكثرة عند كون الشيء تابعا[١].

ويمكن الرد على ذلك بأنه ليس من المتصور عقلا أن يباع العبد بثمن أقل من قيمته؛ والإ لاختل نظام التداول، ومقصد البيوع لتحصيل الأرباح، كما أن العديد من النصوص الفقهية قد تضافرت على اعتبار القلة وصف من أوصاف التبعية، وهو ما استقرت عليه نصوص المدونات المالكية، كما سيأتي في الفقرات التالية.

المطلب الثاني: أدلة مبدأ القلة والكثرة من الأصول التشريعية:

❖ **الفرع الأول : الحديث الشريف:**

يستدل على مبدأ القلة والكثرة بجملة من الأحاديث أبرزها حديث عامر بن سعد عن أبيه ﷺ ((قال: مرضت فعادني النبي ﷺ، فقلت: يا رسول الله ادع الله لي أن لا يردني على عقبي قال: لعل الله يرفعك وينفع بك ناسا قلت: أريد أن أوصي، وإنما لي ابنة. قلت: أوصي بالنصف؟ قال: **(النصف كثير)**. قلت: فالثلث؟ قال:**(الثلث والثلث كثير أو كبير)**. قال: فأوصى الناس بالثلث فجاز ذلك لهم)).[٢]

وفي الحديث دلالة على أن الثلث هو الغاية التي تنتهي إليها الوصية، وإن التقصير عنه أفضل.[٣]

وبناء على الحديث اعتبر الفقهاء في عدة مواضع أن الثلث هو حد اليسير، وبداية الكثير كما دل على ذلك الحديث بمنطوقه ومفهومه، فما دون الثلث يسير، والثلث وما زاد عليه كثير ، وأكثر الذين عملوا بهذا التحديد المالكية .[٤]

وقال الأثرم قال أحمد: إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة؛ ولأن الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة.[٥]

❖ **الفرع الثاني : القواعد الفقهية :**

- " الأقل تبع للأكثر شائعا كان أو غير شائع ".[٦]
- " اليسير تبعا للكثير، ولا يكون الكثير تبعا لليسير ".[٧]

---

[1] . القرة داغي، اثر الديون ص٦٩.
[2] . أخرجه البخاري، باب: الوصية بالثلث، حديث رقم :(٢٧٤٤)، ٣ /١٠٠٧، أخرجه مسلم، باب: الوصية بالثلث: حديث رقم: (١٦٢٨) ،٣/١٢٥٠.
[3] . العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١٢ /٣٢٩ .
[4] . الريسوني، نظرية التقريب والتغليب ص ٢٨٩.
[5] . ابن قدامة، المغني : ٤/٢٣٣.
[6] . القرطبي، البيان والتحصيل: ٧ / ٣٠٦.
[7] . الماوردي، الحاوي : ٧/ ٣٦٦.

- " القليل يتبع الكثير في العقود ".[1]
- " الأكثر ينزل منزلة الكمال، والأقل تبع للأكثر".[2]

يلاحظ من القواعد الأربعة السابقة، الاتجاه الفقهي القاضي بأن القليل تابع للكثير في الحكم .

- " الأكثر ملحق بالكل ".[3]
- " الحكم للغالب؛ لأن المغلوب يصير مستهلك في مقابلة الغالب، والمستهلك في حكم المعدوم "[4]
- " النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم ".[5]
- " الأحكام إنما للغالب الكثير، والنادر في حكم المعدوم ".[6]

يلاحظ من القواعد الأربعة السابقة، أن الأصالة في الحكم الشرعي تتوجه نحو الغالب الكثير، وهذا بدوره يؤصل الصلة بين قاعدة " الأصالة والتبعية " وقاعدة " القلة والكثرة "؛ وبيان ذلك أن الحكم الشرعي يتوجه نحو الأصالة التي تتمثل بالكثرة غالبا، وأما التبعية فمن أوجه اعتبارها، اتصافها بالقلة غالبا .

وقد ظهر التعليل المنطقي للقلة بكونها تابعة، ولا يلتفت لها في الحكم الشرعي الإ استثناء؛ وهو الأمر الذي علله الإمام الشاطبي بأن "اليسير في الكثير كالتبع" .[7]

❖ **الفرع الثالث: دليل العرف والعادة:**

ظهر دليل العرف ضابطاً مرناً لجأ إليه الكثير من الفقهاء القدامى والمعاصرين، بغية تحديد مقدار القليل والكثير، لوضع معيار تضبط به المسائل الفقهية، وما يستجد من وقائع، كما سيأتي في الأمثلة التطبيقية لاحقا .

المطلب الثالث: القلة تتبع الكثرة .

زخرت مدوناتنا الفقهية بالعديد من الأمثلة التي تشهد بأن القليل تابع للكثير، بحيث تنوعت موارد القليل ومداخله لتشمل الأعداد، والكمية، والمساحة، والزمان، والمكان، والمقدار،

---

[1] . العز بن عبد السلام ،قواعد الأحكام: ٢/ ١٥٧.
[2] . السرخسي، المبسوط ٩/ ١٩.
[3] . البهوتي، كشاف القناع ١/ ٢٨١.
[4] . السرخسي، المبسوط ١٩٦/١٠.
[5] . الماوردي، الحاوي : ٥/ ١٣٥.
[6] . ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد ٥/ ٤٢١.
[7] . الشاطبي، الموافقات ١٧٩/٣.

والقيمة[1]..، ليكون قوامها عنصر واحد هو" **النسبة للمعقود عليه**"؛ أي أن القليل بالنسبة لجملة المعقود عليه يعد قليلا، وعلى ذلك ينظر إلى المعاوضة المالية إذا وجد فيها قلة وكثرة، قال الإمام الشاطبي: **إن للقليل مع الكثير حكم التبعية ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة**، وإن لم يكن بينهما تلازم في الوجود، **ولكن العادة جارية بأن القليل إذا انضم إلى الكثير في حكم الملغى قصدا، فكان كالملغى حكما**[2].

ومن الفقهاء من صرح بتبعية اليسير والقليل، فقد ذكر الإمام ابن شاس أن: (اليسارة لها حكم التبعية، والمشهور أن الأتباع لا تراعي)[3] وبذلك حُكِمَ على اليسارة والقلة بالتبعية مع عدم توجه الأحكام الشرعية إليها، وقال في موضع أخر: (ما هو التبع ؟ فيه ثلاثة أقوال: احدهما: الثلث، الثاني: انه دون الثلث، وهما على ما تقدم في عد الثلث يسيرا أو كثيرا، وحكى القاضي أبو الوليد عن بعض أصحابنا العراقيين أن النصف تبع، وبالزيادة عليه يخرج على حد التبع).[4]

---

[1] . **وهذه بعض الأمثلة التطبيقية على القلة التابعة :**

القليل تابع للكثير مقدارا: (لا يسمى لابس الحرير، والقز ولو جعل الحرير بطانة يكره؛ لأنه لابس الحرير حقيقة، هذا إذا كان الحرير **كثيرا** فإن كان **قليلا**؛ كأعلام الثياب والعمائم **قدر أربعة أصابع** فما دونها لا يكره، وكذا العلم المنسوج بالذهب؛ **لأنه تابع والعبرة للمتبوع)**. الكاساني، بدائع الصنائع ١١ / ٣٥. وقد حدد النص السابق القلة بأربعة أصابع فما دون، قليل تابع لا حكم له.

القليل تابع للكثير قيمة:(السيف المحلى، والمصحف المفضض، والخاتم ذو الفص الرفيع فإنه إذا كانت الفضة تبعا للسيف، أو للفص، أو للمصحف وذلك عند مالك **بأن يكون الثلث من قيمة ذلك كله، أو ثلث جميع ثمنه** فأدنى، ويكون قيمة نصل السيف والمصحف، والفص الثلثين فأكثر فإن كانت كذلك جاز عنده بيع ذلك ذهبا كان أو فضة بالذهب، وبالفضة، أو الذهب أكثر من الثلث، أو ثلث جميع ثمنه**)**. القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم (ت : ٤٦٣هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط٢، تحقيق: محمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، ٢ / ٦٤٠). يلاحظ من النص السابق أن الإمام مالك رحمه الله تعالى جعل نسبة الثلث فما دون، حدا للقليل التابع، حيث أعطى الحكم للأصل المقصود المتبوع (وهو الكثير الغالب) وجعل القليل غير المقصود في حكم التبع .

القليل تابع للكثير كمية أو عددا : (إذا اشترى نخلا وكان فيها ثمر **أقله مؤبر وأكثره غير مؤبر** فإن ذلك المؤبر **القليل يكون تبعا للكثير** الغير المؤبر في تناول العقد على النخلة له، وحينئذ يكون الثمر كله للمشتري). حاشية الدسوقي ١٢ / ٢٣٤. أطلق النص السابق وصف القليل على الثمر غير المؤبر، ولم يقيده بنسبة، سواء أكان عدد النخلات أو كمية الثمار غير المؤبر على النخل، لعل الإطلاق يفهم منه تحكيم عرف أهل الصنعة في ذلك .

القليل تابع للكثير عددا: (اشترط في مبادلة الطعام المأكول والمعفون منه بالصحيح السالم على وجه المعروف **في القليل والكثير**؛ أن تكون في القليل، ثم فسره بقوله "**دون سبعة**" قال في التوضيح "فلا يجوز له بدل سبعة بأوزان منها لزيادتها على ضعف **أقل الجمع ويجوز في الثلاثة اتفاقا**؛ لأنه أقل الجمع، ومذهب المدونة الجواز فيما بينهما انتهى. وقال ابن عبد السلام: **لا أصل لهذا التحديد إلا ما تدل العادة على المسامحة فيه)**. الحطاب، مواهب الجليل ١٧٦/٦.

ذهب بعض المالكية إلى جواز مبادلة المسكوك بالمسكوك عددا لا وزنا دون السبعة، لذلك قاسوا مبادلة الطعام المعفون بالسالم فيما دون السبعة، ومنهم من رجح الاحتكام للعرف والعادة في تحديد القليل التابع المتسامح فيه.

القليل تابع للكثير مساحة: ذهب الشافعية إلى عدم جواز المزارعة مستقلة إلا أن تكون تابعة للمساقاة، واشترطوا في البياض أن يكون يسيرا ؛لأنه قد يجوز في توابع العقد ما لا يجوز أن يفرد بالعقد، قياسا على الثمرة التي لم يبدو صلاحها، فيجوز أن تباع تبعا للنخل من غير شرط، ولا يجوز بيعها مفردة بغير شرط، وكالحمل، واللبن في الضرع يجوز بيعهما تبعا، ولا يجوز بيعهما مفردا. وهناك من يرى أن البياض أن كان كثيرا يزيد على النخل ففي جواز المخابرة عليه تبعا وجهان: أحدهما: يجوز كاليسير للضرورة الداعية إلى التصرف فيه. والوجه الثاني:لا يجوز؛ لأن اليسير يكون تبعا للكثير، ولا يكون الكثير تبعا لليسير. الماوردي، الحاوي في الفقه الشافعي ٧/ ٣٦٦. وهذه الأخيرة نقطة مهمة في تبعية القليل للكثير لا العكس.

أما المالكية فقد اشترطوا عدة شروط لجواز المساقاة على البياض منها أن يكون كراء البياض منفردا ثلث قيمة الثمر فأقل حتى يصير تابعا فيجوز إدخاله في المساقاة. انظر الحطاب، مواهب الجليل ٣٧٩/٥.

[2] . انظر الشاطبي، الموافقات ١٧٩/٣.

[3] . ابن شاس،عقد الجواهر الثمينة ٣٦٣/٢ .

[4] .ابن شاس،عقد الجواهر الثمينة ٣٧٨/٢ .

ومن الفقهاء من أطلق مصطلح القلة والكثرة، ولم يقصد بهما القليل والكثير في المعاوضة المالية، ومع ذلك يمكن الاستنارة بالاستعمال المقصود عندهم على معنى أبعد لمبدأ القلة والكثرة المعتبرة، كما في النص الفقهي التالي :

جاء في العناية: (أن **القلة والكثرة** من حيث **الكيل أو الوزن أصل** ومن حيث **الذرع وصف**، وهو اصطلاح يقع على ما هو **المتعارف بين التجار**).[١]

فالقلة والكثرة تعني هنا **الزيادة والنقصان**، لذلك يعد أي خلل في مقدار المكيل والموزون "أصل" يؤثر على العقد بالفسخ، أما الزيادة والنقصان في المذروع "وصف" يخير المشتري بين إتمام الصفقة أو فسخها بناء على قاعدة أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن الإ إذا قصد عند الحنفية. **وهو اعتبار فريد للأصالة والتبعية** من وجه أخر؛ لأن أي خطأ أو خلل ورد على الأصل يؤثر في توازن العقد واستقراره، بالمقابل أي خطأ أو خلل ورد على التابع فتأثيره على استقرار العقد وتوازنه أقل، وهذا يرجع إلى رضا العاقدين ومقاصدهم من العقد .

ولا أرى معارضة بين اعتبار تبعية القلة والكثرة مع تبعية القصد؛ لأن القليل يتبع الكثير هذا ما استقرت عليه فروع الشريعة مع الاعتناء بقصد العاقدين من العقد. والأغلب الأعم أن توجه العاقدين يكون منصبا على الكثير الغالب في العقد إذا هي الأصالة، لكن قد يقصد العاقدان القليل من العقد فيكون الحكم حسب المقصود، وهو ما يعرف بالعرف والاتجاه العام من هذه العقود. الإ انه بنفس الوقت قد يكون التابع كثيرا، فلا حرج ولا معارضة؛ لأن التابع أنواع وأوصاف وبناءً على تحديد وصفه ونوعه يطلق الحكم عليه، فالقليل التابع نوع من أنواع التبعية، وبالتالي لا بد من تحديد نوعه، قبل أطلاق الحكم عليه وبذلك نرى أن التبعية تخضع لمبدأ القلة والكثرة لكن مع اعتبار قصد العاقدين، فهذه منظومة يجب اعتبارها على نسق واحد مع الأخذ بكافة الدقائق عند التطبيق .

المطلب الرابع: ضابط القليل المعفو عنه.

إن الإشكالية التي تظهر للباحث في هذه المسألة هي وضع ضابط يحدد القليل أو اليسير المعفو عنه، بحيث لم يضبط الفقهاء القلة بمعيار واضح. قال الماوردي والروياني: لم يحددوا القلة والكثرة بشيء.[٢]

وهو ما عبر عنه الريسوني بقوله:(الحقيقة أن هذه معضلة لا ضابط لها على وجه التعيين والتحديد، فكل ما نجد الفقهاء يرددونه هو مثل هذه العبارات، القليل مع الكثير كالعدم...)[٣]،

---

[1] . البابرتي، العناية شرح الهداية ٨ / ٤٠٤
[2] . الشربيني، مغني المحتاج ١٩ / ٨٠
[3] . الريسوني، التقريب والتغليب ، ص٢٨٩.

بالمقابل نجد العز بن عبد السلام يقرر لذلك قاعدة نيرة بقوله: " **إن ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله، ويجب تقريبه**"[1] إعمالا لهذا الكلام دأب الفقهاء يقاربون وضع حد للقليل؛ فهذا الإمام ابن العربي يقول: الفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم فقدر علماؤنا الثلث لهذا الحد؛ إذ رأوه حدا في الوصية وغيرها.[2] وبصورة عامة يتجه المذهب المالكي إلى اعتبار "الثلث"، الحد الأعلى للقليل وما زاد عليه يكون كثيرا حيث قال عمران الفارسي: والثلث أخر القليل، وأول الكثير)[3]. وقد حكّموا هذا الأصل في مواضع كثيرة[4] قال الباجي:(الثلث وما دونه في حكم التبع).[5]

لكن من المالكية من لا يرى الثلث حدا للقلة؛ فهم لم يقيدوا الغبن بثلث أو غيره بل ما نقص عن القيمة نقصا بينا، أو زاد عليها زيادة بينة وإن لم يكن الثلث قال ابن عرفة: وهو الصواب وهو مقتضى الروايات في المدونة[6]. بهذا خرجوا من مأزق التقدير غير المطرد إلى مأزق أوعر وهو التقدير النسبي فما كان بيناً لشخص لا يعد بيناً لآخر، الإ إذا ضبط بتقدير أهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال .

وبهذا يلاحظ ظهور" مقدار الثلث" حدا واضحا للقليل عند المالكية في العديد من المسائل المالية.

الإ أن الدكتور القرة داغي لقب حد الثلث أو العشر **بالمعيار الجامد**، على خلاف المعيار **المرن وهو عرف التجار بالنسبة للمعاملات المالية** كان حدا فاصلا بين القليل، والأغلب أو الغالب الذي جعلوه مقابلة النادر الذي لا حكم له.[7]

وقد وصل إلى نتيجة هي أن الكثرة والقلة من الألفاظ التي لا يمكن الجزم بوضع ضابط مقدَّر معيَّن لها، بحيث يقال: هذا هو حدّ ومقدار الكثير، وذاك هو حدّ ومقدار القليل، لكن أحسن ما يقال فيها: **هو أنها من أسماء النسب والإضافات، فالشيء المقدَّر يكون كثيراً بالنسبة إلى ما**

---

[1] . العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١ / ٤٠٧.

[2] . ابن العربي ، أحكام القران ، تحقيق: علي البجاوي ، دار إحياء التراث ٤ / ٢٣٦

[3] . النظائر في الفقه المالكي ص٤٨

[4] . منها :١. **الغبن اعتبروه كثيرا و فاحشا إذا تجاوز الثلث** ابن العربي، أحكام القران ٤/١٨٠٤

٢. **الجائحة** : إذا أصابت الجائحة غلة بيعت، فإن المشتري يرجع بالثمن فيما إصابته الجائحة إذا بلغ الثلث فأكثر مالك بن أنس، المدونة ٣ /٥٨١.

٣. **تحديد العيب الذي يرد به المبيع**؛ فإن كان العيب الذي ظهر في المبيع ينقص قيمته بمقدار الثلث فأكثر، كان للمشتري حق الفسخ والرد على البائع، وإن كانت قيمة العيب أقل من الثلث ، فهو من اليسير الذي يتحمل . المرجع السابق٣/ ٣٢٤.

[5] . الباجي، المنتقى٤/٢٦٣.

[6] . الصاوي، أحمد بن محمد ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير٧ /٧

[7] . انظر القرة داغي، أثر الدين ص ٦٠ –٦١ .

دونه، وقليلاً بالنسبة إلى ما فوقه، وقد جرى استخدام هذين اللفظين في كثير من مسائل العلم، وبذل العلماء في تحديد مفهومهما جهوداً كبيرة مبناها في علم الفقه وأصوله على **العرف غالباً**[1].

ولتمام الفائدة لا بد من ذكر الضوابط والقيود التي وضعها الريسوني عند تحقيقه لمسألة " اليسير المعفو عنه " قال: تحديد اليسير المغتفر، بقدر معين أو ضابط واحد مطرد في جميع القضايا، وفي جميع الحالات أمر غير ممكن، ولكن هذا لا يمنع من وضع مجموعة ضوابط وقيود، يجب مراعاتها والالتزام بها أو ببعضها، حسب طبيعة كل مسألة وفي كل مجال، هذا في ما يلي:

١. اعتبار المغتفر في المحرمات والواجبات رخصة استثنائية .
٢. الميسور لا يسقط بالمعسور، فبقدر ما يكون أصل التكليف وتمامه ميسورا، بقدر ما ينبغي تضييق حد اليسير المغتفر .
٣. مراعاة مقاصد الأحكام ومآلات الأفعال، ومدى تحققها أو تضييعها بسبب التيسير في الأمور، فما حقق مقاصد مشروعة ونتائج محمودة فذاك، وإلا لزم تضييق حد اليسير .
٤. ينتهي حد اليسير إلى ما دون الثلث فيما يقبل ذلك، ولا يكون فيه ضرر ظالم على أحد .
٥. فيما يخص معاملات الناس وحقوقهم تراعى في ذلك أعرافهم ومدى مشاحتهم وتخاصمهم في الأمر، أو _عكس ذلك _ مدى تسامحهم وتغاضيهم، فحيثما تكثر المشاحة، والخصومة يتعين تضييق اليسير المهدر، والعكس بالعكس .[2]

وبناء على ما سبق يمكن أن نخلص إلى أن الفقهاء تعاملوا مع القليل في الفقه الإسلامي، على أكثر من وجه ألخصها فيما يلي:

أولا : أن القليل تابع للكثير، سواء أكان عددا أو كمية أو قيمة أو غير ذلك.

ثانيا: أن القليل مغتفر معفو عنه، لاعتباره عدماً، باستقراء قواعد الشرع .

ثالثا: يعتبر الثلث أعلى تقدير للقليل، في المسائل التي يصلح تقديرها بهذه النسبة، ويترك أمر التقدير فيه إلى أصحاب الخبرة والاختصاص في كل مجال مع مراعاة الضوابط الشرعية الحاكمة في ميدان الحلال المالي والحرام المالي.

رابعا: الأولى تحكيم العرف والعادة في حد القليل التابع المتسامح فيه، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المعاملة المالية التي ظهرت فيها قلة وكثرة. والله تعالى أعلم بالصواب.

---

[1] . المرجع السابق ص ٦٠ -٦١.
[2] . الريسوني، التقريب والتغليب، ص٣٠٦

المبحث الرابع: التبعية باعتبار المعاوضة

المطلب الأول: الأجل (الزمن)

الفرع الأول: مفهوم الأجل (الزمن): لغة واصطلاحا .

أولا : الأجل لغة : مدة الشيء، وغاية الوقت في محل الدين وغيره، والاسم الآجل نقيض العاجل والأجيل المرجأ، أي المؤخر إلى وقت.[١] أما الزمن: اسم لقليل الوقت وكثيره؛ لأنه مدة قابلة للقسمة، يقال : عامله مزامنة من الزمن كما يقال مشاهرة من الشهر.[٢]

وبذلك يتبين مدى ارتباط الأجل بالزمن لغة، فعند إطلاق احدهما يراد الأخر، ويراد بالأجل: المدة الزمنية، أو الغاية والمنتهى للشيء المحدد.

ثانيا : الأجل اصطلاحا:

عرّف الشيخ الزرقا الأجل: بأنه أمر مستقبل، محقق الوقوع يجعل حلوله موعدا لنفاذ الالتزام، أو انقضائه.[٣]

كما عُرف الأجل بأنه: مدة مستقبلية محققة الوقوع، وأن هذه المدة إما أن تكون لإضافة تنفيذ أمر ما إلى لحظة انقضائها، وأما أن تكون لتوقيت هذا التنفيذ.[٤]

ويلاحظ أن قوام التعاريف السابقة تدور حول ارتباط الأجل بالتزام ناشئ من إرادة المتعاقدين، إذ يعد هذا الالتزام الأصل في العقد أو المعاملة، والأجل تابع له في الاعتبار والمعاوضة.

الفرع الثاني : قيمة الأجل في المعيار الشرعي .

أولى التشريع المالي الإسلامي الزمن عناية حثيثة؛ لأهميته القصوى في تنامي البنية الاقتصادية، واعتماد الناس في قضاء حوائجهم ومصالحهم على الزمن، كمحدد من محددات إبرامهم العقود؛ وذلك من خلال حرص المنتج للسلع(البائع أو يقوم بالإنتاج الحقيقي) إنتاجها في وقت محدد لبيعها، حالة أو مؤجلة لتحصيل الأرباح المنشودة سواء بتمويل منه أو من المشتري، وبالمقابل توجه المستهلك للسلع (المشتري) الانتفاع بالمبيع بأقرب وقت وسد حاجته وعوزه .

وللمتأمل أن يلاحظ دقة المنهج الشرعي، في اعتبار الأجل عنصرا من عناصر العملية التبادلية؛ إذا تعلق بالمبيع أو الثمن، فيكون له حصة من الثمن في إطار المعاوضة المالية، أما إذا

---

[1] . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ١/ ٨٤. الرازي، مختار الصحاح ١/ ٧.
[2] . المصباح المنير ١/ ٢٥٦، الرازي، مختار الصحاح ١/ ٢٨٠، الجوهري، الصحاح في اللغة ٢٩٢/١.
[3] . الزرقا، نظرية الالتزام ٢٢٢/٢.
[4] . العطار، نظرية الأجل في الالتزام ص٦.

تعلق الأجل بالبدلين معا، أو قصد الزمن أصالة في العقد كالاقتراض الربوي، وقع الحظر الشرعي .

هذا وقد خلُص الدكتور رضا سعد الله إلى القيمة الاقتصادية للزمن بقوله: الزمن بمفرده لا ينتج ولا يغل، ولكنه إذا اقترن بالمال – عينا كان هذا المال أم نقدا – اكتسب قيمة غير مباشرة، فالذي يتنازل لغيره عن قدر من المال لمدة من الزمن بالبيع أو للإقراض يتنازل في ذات الوقت عن أرباح محتملة قد تتحقق باستخدام ذلك القدر من المال في أحد أوجه النشاط الاقتصادي، وتلك الأرباح الموهومة هي الكلفة الاقتصادية للدائن، وهي القيمة غير المباشرة للزمن في نظره. وفي المقابل يتوقع المدين – بالشراء الآجل أو الاقتراض – الحصول على منافع بمال لا يملكه المحتملة العائد الاقتصادي لتداين المدين، وهي القيمة غير المباشرة للزمن بالنسبة إليه .[١]

وقبل البدء بدراسة حقيقة التبعية في الأجل، لا بد من تحقق شروط لصحة الأجل في المعاوضة المالية، وهي :

- ✓ معلومية الأجل : يعني معرفة العاقدين بالوقت أو الزمان، الذي جعل أجلا لانتهاء التزام ما ،أو حلوله .[٢]
- ✓ قبول العقد نفسه لشرط الأجل[٣] وهو ما سيبحث في الفرع التالي.

الفرع الثالث : الأجل (الزمن) تابع في المعاوضة المالية .

منح الشرع الإسلامي للزمن قيمة مالية، بوصفه تابعاً، لأصالة إنتاجية؛ وذلك تقديرا لمساهمته في سير عجلة النظام الاقتصادي الفاعل، وتلبيته للاحتياجات المادية المقصودة للمتعاقدين. وهو ما يتبين جليا في البيع المؤجل والسلم، إلا انه قَصُر عن أداء دوره المعتبر شرعيا واقتصاديا، في البيوع الربوية (ربا القرض ،الكالئ بالكالئ) ، حيث قُصد الزمن فيهما أصالة، فتداعى ولم يقوى على تحصيل ثمرة تشريعه، وهي الحاجة والمصلحة لكلا المتعاقدين ، حيث نُصب الزمن فيهما أصلا فاستحق العائد (الفائدة الربوية) بهذا الوصف. وهو ما سأبحثه بشيء من التفصيل في الفقرات الآتية :

أولا : تبعية الأجل في البيوع الشرعية :

- **البيع المؤجل:** وهو البيع الذي يكون دفع الثمن فيه مؤجلا، أي أضيف دفع الثمن إلى أجل، فهو وصف للبيع صورة، لكنه للثمن معنى[١]. ويستدل على مشروعيته بقوله تعالى:

---

[1] . رضا سعد الله ، مفهوم الزمن في الاقتصاد الإسلامي ، ورقة مناقشة رقم (١٠)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ،١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م

[2] . أسماء الشاويش، الأجل وأثره في بيع السلع في السوق المالي ص٢٨.

[3] . أسماء الشاويش الأجل وأثره في بيع السلع في السوق المالي ص٢٨ نقلا عن هايل داود ، الأجل في العقود ومدى الزاميته ، ص٤٩.

﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [2] ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾[3]. جاء في المبسوط:" المؤجل أنقص في المالية من الحال"[4]، وهو من البيوع التي تُوسّع رحاب التعامل المالي بين أطراف المعاملة المالية الذين لا يملكون التمويل الآني أو العاجل، فيقصدون بيع التقسيط[5] مثلا، كما للبيع المؤجل صور معاصرة؛ كالبيع المؤجل بطريق المرابحة للأمر بالشراء التي تجريها البنوك الإسلامية؛ وقد أجازه مجمع الفقه الإسلامي بضوابط[6]، وقد أبدى الدكتور عبد الستار أبو غدة ملاحظة كون المؤسسات المالية الإسلامية تتبنى بكثافة صيغ التمويل التي يترتب عليها ديون؛ مثل المرابحة المؤجلة، والبيع المؤجل، أو بالتقسيط، والسلم، والتأجير بأجرة مؤجلة؛ مما أدى إلى ظهور إشكالية ذات حساسية شرعية، وهي الديون المتعثرة، أو ما يسمى بالمدين المماطل، فإلزام المدين المماطل تعويض الدائن مقابل ضرره في تأخير الوفاء أو السداد، أمر فيه ربا؛ لأن النهي عن كل شرط جر نفعا ثبت عن عدد من الصحابة، وبناء على ذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[7]، بحيث يمكن التخفيف من أثار هذه المشكلة بإجراء ضمانات وقائية تسبق إبرام البيع المؤجل بصوره السابقة؛ كالتوثيق للدين، والإشهاد، والرهن، والكفالة، والحوالة.[8] وفرض الجزاءات المعنوية للمماطلة؛ كأدراج اسم المدين المماطل في قائمة العملاء غير المرغوب في التعامل معهم(القائمة السوداء).[9] وهناك عدد من المقترحات لمعالجة تعثر ديون البيع المؤجل.[10] وقد أشار الدكتور رفيق المصري إلى نقطة دقيقة عندما فرّق بين " السلع

---

[1] . عبد الستار أبو غدة ، البيع المؤجل ص١٥.

[2] . سورة البقرة آية(٢٧٥) .

[3] . سورة البقرة آية (٢٨٢) .

[4] . السرخسي، المبسوط ٧٨/١٣.

[5] . بيع التقسيط: هو تقسيم الدين إلى حصص أو مقادير، لتدفع أقساطا معلومة في آجال معلومة محددة. وهو لون من ألوان بيع النسيئة، فهو بيع يُتَّفَقُ فيه على تعجيل المبيع وتأجيل الثمن كله أو بعضه على أقساط معلومة لآجال معلومة، وهذه الآجال قد تكون منتظمة المدة، في كل شهر مثلا قسط أو في كل سنة أو غير ذلك، كما أنها قد تكون متساوية المقدار أو متزايدة أو متناقصة.انظر بيع التقسيط للدكتور رفيق المصري، ص ٧. انظر عبد الناصر العطار ، نظرية الأجل ص١٩٣-٢٢٧.

[6] . انظر ملحق (١). قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤٠-٤١)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد٥،٢/ ٧٥٣و٩٦٥) .

[7] . انظر ملحق(٢) . قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٥١)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد٦،١/١٩.

[8] . عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص٧٦-٨٠. يراجع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المعيار الشرعي رقم (٣) المدين المماطل.

[9] . هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المعيار الشرعي رقم (٣) المدين المماطل ، ٤/٢

[10] . وقد أورد نزيه حماد طرق معالجة تعثر ديون البيع المؤجل التي اقترحها الباحثون المعاصرون: ١. شراء أعيان من العميل للمشاركة بها في نشاطه .٢. الدخول مع العميل في مرابحة جديدة بسعر زائد .٣. اخذ زيادة عند تأخير ثمن البيع المؤجل .وهذه الأخيرة ظهرت لها أربعة اتجاهات في الجواز لمصلحة الدائن ،أو الجواز بشرط أن تصرف في وجوه الخير،المنع مطلقا، أما الاتجاه الربع :اقترح استخدام طريقة الأرصدة التعويضية (وتعني تقديم قرض حسن للدائن تساوي مقدار الدين الأصلي ،ومؤجلا لنفس مدة التأخير. وهو قول د. انس الزرقا ود. محمد القري. .انظر د. عبد الستار أبو غدة ، البيع المؤجل ص٨٩-١٠٢.
ويبدو أن طريقة الأرصدة التعويضية تمثل حلا مناسبا لتعويض ضرر المماطلة، مع الابتعاد عن المحظور الشرعي القائم في الربا.

القرضية" وهي التي يرد المقترض مثلها (السلع المثلية)، و" السلع الاجارية " وهي التي يرد المستأجر عينها (السلع القيمية)، فالفائدة في الأولى حرام، والأجرة في الثانية حلال. وأضاف قائلا: فإذا عجزت الفائدة عن زيادة الثمن في السلع القرضية، فلا ريب أن الأجرة لا تعجز عن زيادة الثمن في السلع الاجارية.[١] واعتقد أن مرد هذا التفريق يعود إلى نقطتين هما:

- **طبيعة أصل المال:** وذلك بين النقود، وبين الأصول المالية الثابتة (كالعقارات والآلات وغيرها) .
- **نوعية العملية التبادلية:** فتبادل النقود قرضا يلغي أي عائد مالي، وأي قيمة للزمن، بينما تبادل الأصول الثابتة على سبيل الإجارة أو المشاركة يفتح المجال واسعا أمام تحصيل العوائد، ويعلي شأن الزمن لتبعيته المنتجة بالأصول المالية المنتجة.

في المقابل قد يحتاج المشتري أو يجد المصلحة في تعجيل أقساطه المتعلقة بذمته، رجاء تخفيف شيء منها، إذا عجل في دفع الأقساط للجهة المدين لها. وهي ما يسمى فقها " ضع وتعجل" أو" الحطيطة أو الوضيعة في الدين"[٢]، وقد ذهب عامة الفقهاء إلى تحريمها؛ لأنها من باب الربا فهي عكس " انظري في الأجل، أزدك في المال"[٣]، وأجازها الصحابي ابن عباس ﷺ والتابعي إبراهيم النخعي[٤]، وهو ما رجحه الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[٥]، قال بن عيينة وأخبرني عمرو قال: قال بن عباس: إنما الربا أخر لي وأنا أزيدك، وليس عجل لي وأضع عنك[٦].

وقد رد الإمام ابن القيم على قياس " ضع وتعجل " على الربا بقوله: (الذين حرموا ذلك إنما قاسوه على الربا، ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله: إما أن تربي وإما أن تقضي، وبين قوله: عجل لي وأهب لك مئة، فأين أحدهما من الآخر، فلا نص في تحريم ذلك، ولا إجماع، ولا قياس صحيح)[٧]. وهو رد له وجاهته.

---

[1] . رفيق المصري، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص٢٨٢.

[2]. وصورتها: إذا باع احدهم شيئا بثمن مؤجل قدره ١٢دينار، لسنتين ،منه ديناران في مقابل هاتين السنتين، فإذا عجل المشتري الثمن، بعد مرور سنة دفع ١١ دينارا، وحط عنه البائع ما كان زاده عليه في مقابل السنة المتبقية. رفيق المصري، الربا والفائدة ص٢٠.

[3]. انظر تكملة حاشية ابن عابدين ٣٩٢/٢، النفراوي،الفواكه الدواني ١١٢٣/٣، القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ٦٦٩/٢، النووي، روضة الطالبين ٤٣١/٣.

[4] . ابن رشد ، بداية المجتهد ٢/ ١٤٣.

[5] . ابن القيم ، إعلام الموقعين ٣٧١/٣.

[6] . ابن عبد البر ، الاستذكار ٦/ ٤٨٩، انظر مصنف عبد الرزاق ٧٣/٨.

[7]. ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين ٣١٣/٣.

وذهب عدد من الباحثين المعاصرين إلى جوازها[١]، وهو ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي؛ وصدر القرار بما يلي: " الحطيطة من الدين المؤجل؛ لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين، (ضع وتعجل) جائزة شرعًا، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق. وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية. فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز؛لأنها تأخذ عندئذٍ حكم حسم الأوراق التجارية."[٢] أو ما يسمى "الحسم المصرفي" وفي هذه الصورة يدخل البنك وسيطا، في حالة القرض النقدي، ويبيع النقود بنقود أكثر منها، فيجعل القرض بيعا، أو العمل الخيري بطبيعته الشرعية عملا تجاريا، تشبه " أنظرني أزدك ".[٣]

يتبين مما سبق دور الأجل (الزمن) في تحقيق مصالح المتعاقدين، عند إبرامهم بيوع الأجل، إذ يقصد البائع استيفاء الثمن في الموعد المحدد للسداد من قبل المشتري، قصدا اصليا ، بحيث يعد أي تأخير عليه مجحف بحقه، مخل لثمرات هذه البيوع، لذلك كان للأجل حصة من الثمن ضمنا عند إبرام البيع المؤجل، ومن ناحية أخرى يعد الثمن المعجل أقل من الثمن المؤجل. فإن زمان تسليم الثمن مؤجلاً، كلما كان أبعد كان الثمن أعلى؛ لأن البائع ينتفع بزيادة الثمن، وينتفع المشتري بالسلعة المعجلة [4]. والقول بجواز زيادة الثمن المؤجل في البيوع الآجلة عن الثمن الحال هو قول عامة أهل العلم[٥]، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وفيما يلي نص القرار[٦]:

١. تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً، وثمنه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل.
٢. لا يجوز شرعاً، في بيع الأجل، التنصيص في العقد على فوائد التقسيط، مفصولة عن الثمن الحال، بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطاها بالفائدة السائدة .

النص الثاني من قرار مجمع الفقه، المستوحى من فهم النصوص الشرعية، والعبارات الفقهية من المدونات الشرعية، يؤصل لقاعدة الأصالة والتبعية في الأجل (الزمن)، مفاد ذلك يرشدنا إلى حقيقة تبعية الزمن للثمن في البيع المؤجل، فهي تشبه تبعية الشرط للمشروط، والصفة

---

[1] . انظر الأبحاث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي (بيع التقسيط) العدد السادس والسابع .
[2] . قرار رقم: ٦٦/٢/٧، الدورة السابعة ،جدة ، من ٧ إلى ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ – ١٤ مايو ١٩٩٢م.
[3] . انظر بحوث في الاقتصاد الإسلامي ، ص ٢٨٤.
[4] . انظر رفيق المصري، بيع الأجل ، ٢٠٠٩/١١/٥ ، http://wailah.110mb.com/index.php. أسماء الشاويش، الأجل وأثره في بيع السلع في السوق المالي،ص٥٠.
[5] . عبد الستار أبو غدة ، البيع المؤجل ،١٩،٤٢، ١٢.
[6]. مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس ١٩٣/١، ٤٤٧، العدد السابع، ٩/٢

للموصوف[1]، فالجامع المشترك بينهم وجود أصل يُتبع، والأصل المتبوع في البيع المؤجل الثمن، ومن المعروف أن الثمن يحدد بقدر المبيع في البيع الحال، أما في البيع المؤجل **فالثمن = المبيع + الأجل.**

ذلك أن المعاوضة في البيع تكون بين عوضين مختلفين في المنافع، والتغاير في المنافع يستتبع تفاوت مقدار العوضين، فإذا تأجل احد البدلين، فلا إشكال في اعتبار الضمان أو الأجل في الثمن؛ لأن التفاوت حاصل ابتداء، ولسبب مشروع، وهذا معنى كون الضمان تابعا للمنفعة .ومؤدى ذلك أن الضمان يصح أن يؤثر في القيمة متى كانت المعاوضة تحقق مصلحة تبادل الثروة، ولذلك اغتفر أثر الضمان في التقييم. ولنفس السبب، وعلى نفس الأسس، سمح الشرع باعتبار الأجل في الثمن، أما في عقد القرض، فليس هناك تبادل للمنافع حقيقة، إذا المنفعة المبذولة هي المنفعة المقبوضة، والفرق هو التأجيل. فأي فرق في العوض سيكون بالضرورة لمجرد الأجل[2].

- **السلم:** هو بيع آجل بعاجل، وهو نوع من البيع يدفع الثمن فيه حالا، ويسمى رأس مال السلم، ويؤجل فيه المبيع الموصوف في الذمة، ويسمى " المسلم فيه" ويسمى البائع "المسلم إليه" والمشتري "المسلم" أو "رب السلم"[3]، ويستدل لجواز السلم بما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة، والناس يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث، فقال رسول الله ﷺ «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[4]. واتفق العلماء على مشروعية السلم.[5]

يلاحظ أن الأجل من شرائط السلم، فالأجل فيه للتيسير مع قيام المانع وهو العجز عن التسليم، فأقيم الأجل مقام التسليم، فبالأجل يستطيع البائع التكسب بالثمن، والإتيان بالمسلم فيه فكان الأجل للرفق[6]. وبذلك يكون الزمن عنصرا أساسيا في بيع السلم بحيث إذا كان زمان تسليم المبيع مؤجلاً فإن هذا الزمان كلما كان أبعد كان المبيع أكثر، أو كان الثمن أرخص؛ فبيع السلم يرتفق فيه كلا المتبايعين، البائع يرتفق بالنقود المعجلة، والمشتري يرتفق برخص الثمن[7].

---

1 . انظر السرخسي ،المبسوط ٢٤/١٣، البهوتي ، كشاف القناع ٣٧/٢.

2 . سامي سويلم ، عقد الكالئ بالكالئ ص٥٥.

3 . هيئة المحاسبة والمراجعة المعيار الشرعي رقم(١٠)، السلم والسلم الموازي، ملحق(ج)

4. أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٢٢٣٩) كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، ٢٣٥/٨، ومسلم في صحيحه حديث رقم(١٦٠٤) كتاب البيوع، باب السلم (١٢٢٦/٣).

5. ابن حجر، فتح الباري ٤٢٨/٤، السمرقندي، تحفة الفقهاء ٨/٢، ابن عبد البر، الاستذكار ٥١٣/٦،النووي، روضة الطالبين ٢٤٦/٣، ابن قدامة ، المغني٣٣٩/٤.

6 . أسماء الشاويش، الأجل وأثره في بيع السلع في السوق المالي ص١١٥.

7 . انظر د. رفيق المصري. بيع الأجل . http://wailah.110mb.com/index.php. وبحوث في الاقتصاد الإسلامي ص٢٨٢.

والفرق بين البيع المؤجل وبيع السلم، أن الأجل تبع الثمن في البيع المؤجل، أما في بيع السلم فالأجل تبع المبيع. وبذلك يلازم الأجل (الزمن) صفة التبعية في أحد البدلين (= المبيع أو الثمن).

وقد انحلت تبعية الأجل لأصله (المبيع أو الثمن) في العمليات الآجلة التي تنفذ في السوق المالي، مما فارق طبيعة السلم المشروعة؛ لأن عقد السلم يجري على أساس دفع الثمن المبيع الموصوف في الذمة خروجا من بيع الدين بالدين، وللتأكد من تأمين السلعة المعقود عليه، ولكن في السوق الآجلة لا يدفع الثمن مقدما بل مؤجلا لوقت استحقاق المبيع، فكلاهما مؤجل للوقت نفسه، وهذا هو بيع الدين بالدين، فكل ينتظر خسارة الأخر، فهي عبارة عن مقامرة تقوم على المخاطرة والمجازفة، فتوقعات المضاربين إما تصيب، أو أن تخطئ[١].

- **الإجارة:** وهي عقد على منافع مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم.[٢]

والمنافع المقصودة بالدراسة هي المنافع المحصلة من الأعيان المالية (العقارات، الآلات)، وليست منافع الأشخاص(العمال مثلا)، ويظهر عامل الزمن بجلاء في عقود الإجارة إذ هو من مكوناته؛ لأن استيفاء المنافع المعقود عليها يتحقق بمرور الزمن، وبمضي المدة المقصودة للانتفاع بالمنافع، فقد أجاز جمهور علماء المسلمين إضافة الإجارة إلى زمان مستقبل، كأن تؤجر دارا لك في أول الشهر، ويستند هذا الجواز على أمرين[٣]: الأول: إن الإجارة عقد على منافع، والمنافع لا يتصور وجودها في الحال لأنها تظهر شيئا فشيئا، فكانت الإضافة حسب وجود المنفعة عند الفقهاء .

الثاني: حديث عائشة ﵂ قَالَتْ: (اسْتَأْجَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ الدِّيلِ، هَادِيًا خِرِّيتًا[٤]، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بعد ثَلَاثَ لَيَالٍ بِرَاحِلَتَيْهِمَا صُبْحَ ثَلَاثٍ). [٥]

وجه الدلالة: أن القصد من الإجارة الدلالة على الطريق بعد تلك الثلاثة الأيام، وفيه ابتداء العمل بعد الثلاثة وقاس عليها البخاري إذا كان ابتداء العمل بعد شهر أو بعد سنة، وقاس الأجل البعيد على الأجر القريب، إذ لا قائل بالفصل فجعل الحديث دليلا على جواز الأجل مطلقا[٦].

---

[1] . انظر أسماء الشاويش، الأجل وأثره في بيع السلع في السوق المالي ص١١٥.

[2] . انظر الشربيني، مغني المحتاج ٤٣٨/٣ .

[3] . عبد الناصر العطار، نظرية الأجل في الالتزام ص١١٧،١١٦.

[4] . أي الماهر بالهداية (أي مرشد الطريق) .

[5] . أخرجه البخاري رقم الحديث (٢١٤٤) ، كتاب الإجارة ، باب استئجار المسلمين عند الضرورة ،٧٩٠/٢.

[6] . انظر العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٦٢٥/٥. وقد عنون للباب : (إذا استأجر أجيرا ليعمل له بعد ثلاثة أيام أو بعد شهر أو بعد ستة أشهر أو بعد سنة جاز وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل).

ويجوز أن يزاد في الثمن لمكان التأجيل في عقد الإجارة، مثلا شقة سكنية أجرها السنوي ١٠ آلاف دينار معجلة، أو ١٢ ألف دينار مؤجلة لسنة مثلا. فللزمن حصة من الكراء، كما أن للزمن حصة من الثمن.[١]

يلاحظ أن المنافع والزمن كلاهما تابعين للأصل المالي، فلا يتصور وجود أحدهما مستقلا عن أصله عقلا، فكذلك شرعا، وتؤخذ هذه التبعية بعين الاعتبار عند العقد عليهما، وقد سبق بيان ذلك عند الحديث عن تبعية المنافع لأصولها.

والآن ننتقل إلى موضع انفراد الأجل (بالأصالة) في البيوع الربوية، لذلك وقع الحظر الشرعي:

ثانيا : أصالة الأجل في الربا.

الربا نوعان: ربا النسيئة: وهو ربا الديون والقروض، وصورته تحصل بتأجيل الدين الثابت بالبيع أو بالقرض نظير زيادة في الدين، وهذه الزيادة ربا تحكمه قاعدة "زدني أنظرك" أي زدني في الدين أعطك نظرة، أي زيادة في الأجل، كما يحصل أيضا بأن يقرض شخصا قرضا متضمنا زيادة مشروطة فيه .

النوع الثاني: ربا البيوع أو ربا الفضل: وهذا النوع من الربا فيه المقايضة ببيع الجنس بجنسه الإ بشرط المساواة في المقدار والقبض الفوري، فإذا بيع بغير جنسه جاز فيه التفاضل دون النسيئة.[٢] قال الإمام ابن القيم: هذا الربا مجمع على تحريمه وبطلانه.[٣] ويمكن القول أنه من المقاصد الشرعية الاقتصادية لتحريم التأجيل في الصرف؛ المحافظة على ثبات الأسعار والحد من التضخم؛ لأن التأجيل في الصرف تصحبه زيادة في أسعار الصرف، وهي زيادة متقلبة تعصف بكل الجهود التي ترمي إلى ثبات سعر العملة[٤].

أما التشريع الإسلامي أجاز على وجه الإحسان والإرفاق، القرض بدون أي زيادة، ويعّرف القرض: بأنه دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويردُّ بدله[٥]. ومن المعاصرين من ادعى أن الزيادة في الثمن المؤجل تعد كحسم المصارف للكمبيالات والسندات، أي كلاهما ربا نسيئة محرم، ويرد على ذلك: بأن الزيادة الأولى زيادة في بيع، والثانية زيادة في قرض. فالأولى تعتبر تابعة للنشاط التجاري البيعي المشروع، والثانية تعتبر منفصلة عن النشاط البيعي، وداخلة في النشاط الائتماني الربوي المستقل. ومن القواعد الفقهية المقررة أن الشيء قد يجوز تبعا ولا يجوز

[1] .انظر رفيق المصري، بيع التقسيط ص٥٦،٥٧.
[2] . عبد الستار أبو غدة ، البيع المؤجل ص٢٤.
[3]. ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد الفقي، دار المعرفة،بيروت،١٩٧٥م. ٢/١٠.
[4] . عبد الناصر العطار، نظرية الأجل في الالتزام ص٢٠٢،٢٠٣.
[5]. الشربيني، مغني المحتاج ١١٧/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/٣.

منفردا.[١] فالمعاوضة على الزمن مجردا معاوضة على ما لا يتصور، فهي إذن أكل للمال بالباطل. وهذه هي حقيقة الربا، كما ذكر ذلك الفقهاء، "زيادة لم يقابلها عوض".[٢]

ويمكن أن يقال الفرق بين التعويض عن الأجل في البيع، ومنعها في القرض أن الأجل في القرض يقصد قصدا اصليا، فيفرد بالعقد، ويجعل له عوضا، كما أن تلك الزيادة تتنافى مع المبدأ الذي يقوم عليه القرض في البر والإحسان، أما الهدف في البيع، فك أزمة المشتري وتمكينه من الحصول على السلعة مع الرفق به في تأمين المبلغ خلال المدة المضروبة للسداد . وفي المقابل تحقق مصلحة البائع أيضا في ترويج سلعته، وحصوله على البيع بسعر أعلى، مما يعود عليه بفائدة أكثر، فكل من البائع والمشتري، مستفيد من هذه الصفقة، على خلاف القرض الذي يعود بالفائدة على المقرض فقط[٣].

وفي القرض نجد أن كلا العوضين من جنس واحد، فلو كانا حاضرين لوجب تماثلهما. فأي تفاوت بينهما عند التأجيل مرده بالضرورة إلى الفرق بين الأجل والضمان. ونظرا لأن أيا من الأجل والضمان ليس محلا للمعاوضة؛ فإن أي تفاوت في عوضي القرض فهو ممنوع [٤].

وقد عبر الدكتور رفيق المصري بعبارة بيع الأجل قال: ففي البيع يجوز بيع الأجل، لأن البيع عقد معاوضة كاملة، وفي القرض لا يجوز بيع الأجل؛ لأن القرض عقد معاوضة ناقصة، حيث يسترد المقرض مبلغ القرض، فهذه معاوضة، ولكن لا يستعيض المقرض فيها عن الزمن، ومن هنا كانت المعاوضة ناقصة. فالقرض هو عقد إرفاق، أو إحسان، يثاب فيه المقرض على التأجيل أو التأخير، ولكن لا يجوز له أن يطلب عوضًا ماديًا عن الأجل أو الزمن.[٥]

- **بيع الدين (الكالئ بالكالئ):**

قال أبو عبيدة يعني " النسيئة بالنسيئة " وفسره نافع مولى ابن عمر بأنه " الدين بالدين " ، ويقال بأنه " الدين المؤخر بالدين المؤخر "[٦]، وقد وضع الدكتور سامي سويلم ضابطا لعقد الكالئ على نحو يقاس عليه أمثاله وهو " كل بيع أنشأ دينا وخلا عن القبض".[٧]

---

1. رفيق المصري، بيع التقسيط ص ٦١.
2. ابن العربي، أحكام القران١/ ٢٤٢.
3. أسماء الشاويش، الأجل وأثره في بيع السلع في السوق المالي ص ٥٠.
4. سامي سويلم، عقد الكالئ بالكالئ ص٥٥.
5. انظر رفيق المصري، بيع الأجل. http://wailah.110mb.com/index.ph .
6. سامي السويلم، عقد الكالئ بالكالئ تدليلا وتعليلا ص٨،٩، وهبة الزحيلي، بيع الدين في الشريعة الإسلامية ص٥
7. انظر سامي السويلم، عقد الكالئ بالكالئ تدليلا وتعليلا ص٨،٩. انظر نفس البحث أدلة تحريم "الكالئ بالكالئ" ص١٠_٤٥، نزيه حماد، بيع الكالئ بالكالئ ص٩_١٢.

وقد وضع نزيه حماد ضابط لعقد الكالئ: " بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة بدين مثله لشخص ثالث على نفس المدين – سواء اتحد أجل الدينين وجنسهما وقدرهما أو اختلف –أو بدين منشأ مؤجل إلى أجل أخر –غير جنسه أو من جنسه مع زيادة في القدر – للمدين نفسه أو لغيه، وكذا بيع دين مؤخر لم يكن ثابتا في الذمة بدين مؤخر كذلك ،سواء اتفق أجل الدينين وجنسهما وقدرهما أو اختلف. ص ٢٣

ومن الأدلة على تحريم " بيع الكالئ" ما رواه ابن عمر: أن النبي ﷺ :(نهى عن بيع الكالئ بالكالئ).[1]

أما صور الكالئ بالكالئ المجمع على تحريمها هي[2]:

١. أن يشتري بضاعة مؤجلة التسليم بثمن مؤجل التسليم كذلك، سواء اتحد الأجلان أو اختلفا، وهي مطابقة لبيع السلم إذا تأجل رأس المال. وهذه الصورة موافقة لما يسمى بيع الآجال (forward contract) في التعاملات المعاصرة .

٢. أن يشتري بضاعة مؤجلة التسليم مقابل دين للمشتري على البائع، سواء حل أجله، أو لم يحل، وسواء أكان الدين ثمنا مؤجلا، أو بضاعة مؤجلة من جنس آخر. وتسمى هذه الصورة "فسخ الدين بالدين ".

٣. ربا النسيئة الصريح: يقول الدائن للمدين أتقضي أم تربي؟ فيزيد الدين على المدين لقاء التأجيل . فهذا معاوضة بين دين ودين وكلاهما من جنس واحد .

ويلاحظ من عقد الكالئ تأجيل كلا البدلين، أي أن الزمن لازم البدلين في العقد، وبناء عليه عرف أن الأجل (أو الزمن) قصد في العقد أصالة، وقد تقرر فيما سبق أن الزمن لا يستحق العائد إلا بالتبعية .

وطبيعة البيوع الآجلة يقترن فيها الأجل والضمان وانطلاقا من قاعدة " المقصود من العقود القبوض" فالمقبوض في عقد الكالئ هو "سند الضمان" فتبين أنه المقصود للمتعاقدين[3]. وهو ما سأتناوله بشيء من التفصيل في المبحث التالي.

المطلب الثاني: الضمان والمخاطرة .

الفرع الأول: مفهوم الضمان والمخاطرة لغة واصطلاحا

أولا : <u>الضمان لغة واصطلاحا</u>

الضمان لغة: مصدر ضمن الشيء ضمانا فهو ضامن وضمين، وهي بمعنى الكفالة و الالتزام[4]

الضمان اصطلاحا: لم تخرج استعمالات الفقهاء لمصطلح الضمان عن المصطلح اللغوي[5]

---

[1] . أخرجه الدارقطني في سننه حديث (٢٦٩) كتاب البيوع ٧١/٣، وعبد الرزاق في مصنفه حديث (١٤٤٤٠) باب أجل بأجل ٨ /٩٠. والحاكم في المستدرك حديث: (٢٣٤٢) كتاب البيوع ٢/.٦٥ قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه.

[2] . سامي السويلم، عقد الكالئ بالكالئ تدليلا وتعليلا ص٨،٩، انظر الصور الخمسة التي ذكرها نزيه حماد في بحثه"بيع الكالئ بالكالئ" ص١٣-١٧.

[3] . انظر سامي سويلم، عقد الكالئ بالكالئ ص٥٢. وما يجري من التعامل الآجل في بورصة الأوراق المالية هو من قبيل عقد الكالئ ، لأن العمليات التي تحصل يتفق فيها الطرفان عند عقد الصفقة على تأجيل دفع الثمن وتسليم الأوراق المالية إلى فترة تعيين مسبقا تدعى موعد التصفية. انظر علاء الدين الجنكو ، التقابض في الفقه الإسلامي ، ص ٢٧٨.

[4] . الفيومي المصباح المنير ٣٦٤/٢، المناوي، التوقيف على مهمات التعريف ٤٧٤/١، المعجم الوسيط ١١٢٩/١.

[5] . النسفي، طلبة الطلبة ٣٨٩/٣، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ١٥٥/٢، البعلي، المطلع على أبواب الفقه ٢٤٨/١

فالضمان والكفالة مترادفان لدى بعض الفقهاء، فهما موضوعان لمطلق التعهد، سواء كان بالمال، أم بالنفس، وتشخيص كل واحد منهما إنما يكون بالقرينة. فالضمان هو خصوص التعهد بالمال، والكفالة هي خصوص التعهد بالنفس[1].

وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى استعمال مصطلح الضمان بمعنى الكفالة، أما الحنفية[5] قالوا :إن الضمان بمعنى الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير

ومصطلح الضمان في العقود يريد به الفقهاء تحمل تبعة خسارة المعقود عليه بالهلاك أو التلف[6]، وغالبا ما يكون الضمان برد مثل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا.[7]

ثانيا : المخاطرة لغة واصطلاحا

المخاطرة لغة: من الخطر، وتعني الإشراف على الهلاك وخوف التلف، وأَخْطَرْتُ المال: **جعلته** خَطَرًا بين السلامة والتلف، وقد أَخْطَرَ المالَ، أي جعله خَطَراً بين المُتَراهِنين والمخاطرة بمعنى المراهنة.[8]

المخاطرة اصطلاحا :

والمخاطرة تعني: الالتزام بتقديم العامل الإنتاجي مع الالتزام بتحمل الخسارة فيه الناتجة عن تقلب الأسعار في السوق[9].

أما المخاطرة عند الاقتصاديين تعني: مخاطر تقلب الأسعار فقط . وتسمى بالخطر الايجابي، ويمكن التحكم في درجتها بالتخطيط والتنظيم (controllable Risk)، أما مخاطر التلف فهي مضمونة بالتأمين وتسمى بالخطر السلبي، ولا يمكن التحكم فيها(Inevitable or Uncontrollable Risk)، أما في الفقه الإسلامي فالضمان يشمل النوعين من المخاطر، مخاطر التلف والهلاك، ومخاطر تذبذب الأسعار وكساد السلع[10].

ثالثا : العلاقة الاصطلاحية بين الضمان والمخاطرة .

العلاقة التي تربط بين الضمان والمخاطرة، هي العموم والخصوص، فالضمان يشمل المخاطرة لا العكس؛ لأن الضمان في الفقه الإسلامي يعبر عن مطلق الالتزام المالي(بتسليم

---

1. علي الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي أسبابه ومجالاته في العقود ، ص٣٦
2. عليش، منح الجليل ٢٤٣/٣.
3. النووي، روضة الطالبين ٤٩٣/٣ ، الشربيني، مغني المحتاج ١٩٨/٢.
4. البهوتي، الإنصاف ١٤٩/٥
5. رد المحتار ٣٤٨/٥ ، مجلة الأحكام العدلية المادة (٤١٦).
6. انظر السيوطي، الأشباه والنظائر ٢٥٥/١، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ٢١٣،
7. ابن نجيم، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢١٠/٢.
8. الجوهري، الصحاح في اللغة ١٧٧/١، الفيومي، المصباح المنير ١٧٣/١
9. ايمن الدباغ، نظرية توزيع العوائد ص٩٧.
10. أبو نصر شخار، قاعدة الربح بالضمان ص٩١-٩٢.

المعقود عليه سليما تاما بضمان الهلاك والتلف والخسارة بمختلف أشكالها) ولذلك يحمل معنى تحمل تبعة المال إذا وقع عليه الضرر أو كان محتملاً، أما المخاطرة فهي تصاحب العمليات الإنتاجية التي يقترن فيها المال والعمل بقصد الربح؛ فتأتي المخاطرة لتحمل معنى تحمل الخسارة المرتبطة بتقلب الأسعار، وهي خسارة متوقعة، عبّر عنها الفقه المالكي قديما بحوالة الأسواق، وحديثا تعُرف بمخاطر السوق. ويمكن القول إن العلاقة مطردة بين نسبة المخاطرة، ومسؤولية الضمان، فكلما ارتفعت المخاطر، ارتفعت مسؤولية الضمان لحاملها.

رابعا : معيار المخاطرة في استحقاق العائد :

تعد المخاطرة عاملا رئيسا في توزيع العوائد المالية على عوامل الإنتاج، وقد صاغ الدكتور ايمن الدباغ في ذلك قاعدة قيمة عنوانها " قاعدة في عوامل الإنتاج ونوع العائد الذي تستحقه" مفادها: يستحق كل عامل إنتاج كل نوع من أنواع العوائد المتصورة فيه، باستثناء المال الاستهلاكي والمال المثلي فلا يستحقان أجرة .

وفسر قاعدته بالقول: إن عامل الإنتاج حين يسهم في الإنتاج، فإنه يقدم منفعة فيستحق أن يعوض بعائد يتحدد نوعه تبعا لوجود أو عدم وجود المخاطرة [1].

حيث إن المقرر في الفقه الإسلامي أن الشخص يستحق الربح؛ بالعمل أو المخاطرة، فأما العمل فظاهر، وأما المخاطرة فتشمل استحقاق أرباح التجارة؛ لأنه يتحمل خسارتها وهو ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم: " **الخراج بالضمان** " و" **الغنم بالغرم** " وإذا كانت المخاطرة، تحل الربح فإن الخطر كلما عظم وازداد، ازداد معه الربح، فالربح يتناسب مع درجة الخطر الذي تتعرض له السلعة للتلف والعطب، وازدياد، وازدياد الربح يعني ارتفاع قيمة السلعة، فالخطر إذن يشكل أساسا من تقدير قيمة الأشياء وعاملا لارتفاع السعر وانخفاضه[2].

هذا واختلفت نظرة المعاصرين للمخاطرة باعتبار مساهمتها في العملية الإنتاجية (أو الاستثمارية) وبالتالي استحقاقها لعائد مالي، فذهب الأستاذ الصدر إلى منع استحقاق المخاطرة لعائد. قال: (فان المخاطرة في الحقيقة ليست سلعة يقدمها المخاطر إلى غيره ليطالب بثمنها، وليست المخاطرة عملا ينفقه المخاطر على مادة ليكون من حقه تملكها أو المطالبة بأجر على ذلك من مالكها)[3] وتبعه الجواهري معللا ذلك؛ بأن الإسلام لم يرَ للإيثار والمخاطرة قيمة اقتصادية، فلم يجعلهما طريقا من طرق الكسب التجاري، حيث إن طرق الكسب في التشريع الإسلامي هي إما العمل المباشر من الأفراد، أو العمل المختزن الذي هو بصورة سلعة أو عين

---

[1] . ايمن الدباغ ، نظرية توزيع العوائد ص١٣٨.
[2] . محمد رواس قلعه جي، مباحث في علم الاقتصاد ص ٦٢.
[3] . الصدر، اقتصادنا ٦٣٣/٢ .

أنفق عليها عمل من الآخرين، لذا حرَّم القرآن والسنة النبوية أخذ الفائدة على القرض الذي هو ليس إلاّ إحسان أو مخاطرة بالمال إلى التلف أو إيثار للآخرين على النفس، فالإحسان والمخاطرة والإيثار ليست مصدرا من مصادر التكسب في التشريع الإسلامي، وإنما هي حالات شعورية ذاتية تستحق التقدير والإعجاب في أكثر الحالات فيستحق صاحبها ثواباً من الله تعالى.[1]

وذهب الدكتور رفيق المصري إلى اعتبار المخاطرة عاملاً من عوامل الإنتاج التابعة: " المخاطرة " عنصر إنتاجي يتيح للإنسان أن ينتج ما لا يمكنه إنتاجه بدونه، فهناك أعمال لا بد فيها ممن مخاطرة، كأعمال الزراعة، والصناعة، والتجارة، فكلما زادت المخاطرة في المشروعات وجب أن تزيد أرباحها المتوقعة، والإ أحجم الناس عنها، ولو عظمت منفعتها العامة.[٢]

وإذا اقترنت المخاطرة بالمال أو العمل، أصبحت مصدرا تابعا للمال أو العمل، وتسهم في زيادة الإنتاج والكسب.[٣]

واستند الدكتور على رأيه بما يلي[٤] :

- في عقد المضاربة يكون لرب المال حصة من الربح لقاء ماله ومخاطرته معا، وتزداد حصته في الربح بازدياد ماله وازدياد مخاطرته.
- ذهب الفقهاء إلى أن الربح إنما يستحق بالعمل والمال والضمان، والضمان هو المخاطرة.
- المخاطرة هي ما يميز الربح عن الربا، وما حرم الربا الإ بعدم وجود عنصر المخاطرة.
- المخاطرة تزيد في عائد العمل، كما تزيد في عائد المال؛ لان الربح غير مضمون، بل فيه مخاطرة، والدخول فيها يحتاج إلى حافز ليترك الأجر المضمون .

الفرع الثاني: موضع تبعية الضمان

أولا : <u>النصوص الشرعية في تبعية الضمان .</u>

هناك حديثان شريفان أصّلا لتبعية الضمان للأصل القائم به، هما :

---

[1] . حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر ص١٤٣،١٤٤.
[2] . انظر رفيق المصري، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص١٠٦-١١٨
[3] . المرجع السابق ص١٠٧
[4] . رفيق المصري، أصول الاقتصاد الإسلامي ص٢١٥.

الحديث الأول : حديث عائشة ﵂ قال النبي ﷺ : **(الخراجُ بالضَّمَانِ)**[١].

وجه الدلالة : أن الضمان من توابع المال، والمخاطرة من توابع المال والعمل.

وذلك أن الأصل المالي إذا دخل عقد مبادلة مالية دون شراكة لعنصر العمل (كالبيع المعتاد) فإن الضمان يتبع ملك الأصل المالي، وبمجرد وقوع الشراكة بين المال والعمل، يتحول أصل المال إلى أصل إنتاجي، فيظهر نوع من الضمان هي المخاطرة التابعة لهذه الأصالة الإنتاجية.

والفرق واضح بين الضمان بمعنى الالتزام بتحمل المخاطرة في المال المعقود عليه، والناتجة عن هلاك المال وبين المخاطرة بمعنى الالتزام بتقديم العامل الإنتاجي – مال أو عمل – في عقد معاوضة مع الالتزام بتحمل الخسارة فيه الناتجة عن تقلب أحوال السوق، فالضمان خاص بالمال والمخاطرة عامة بالمال والعمل، والضمان خاص بأسباب هلاك المال سوى سبب تقلب أحوال السوق والمخاطرة خاصة بكون السبب في الخسارة تقلب أحوال السوق[٢].

الحديث الثاني: عن عبد الله بن عمرو ﵁ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال: **(لاَ يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلاَ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلاَ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ).**[٣]

وجه الدلالة: أنه لا يجوز أن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها، مثل أن يشتري متاعا ويبيعه إلى آخر قبل قبضه من البائع، فهذا البيع باطل وربحه لا يجوز، لأن المبيع في ضمان البائع الأول وليس في ضمان المشتري منه لعدم القبض.[٤]

وأجاب الدكتور رفيق المصري عن أحاديث " الخراج بالضمان "، ونهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن " ومقولة الفقهاء بأن " يستحق الربح بالمال والعمل والضمان " .

أن الضمان فيما سبق يعني " المخاطرة " أو "ضمان المخاطر"؛ أي تحمل مسؤولية التلف أو الخسارة إذا وقعت .

وأجاب: إن المعنى محمول في الحديث الأول والثاني على ضمان الملك "أي ضمان المال المملوك " فإن الإنسان إذا ملك شيئا ضمنه، فإذا تلف كان تلفه عليه، فالضمان هنا هو ضمان الملك إذن، أي الضمان التابع للمال، لا الضمان المحض أي لا المخاطرة المحضة.

---

[١] . سبق تخريجه ص ٢٦ . قال أبو عبيد: الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتريه الرجل فيستغله زمانا ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده و يأخذ جميع الثمن و يفوز بغلته كلها لأنه كان في ضمانه و لو هلك هلك من ماله. و كذا قال الفقهاء : معناه ما خرج من الشيء : من غلة و منفعة و عين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك ؛ فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم. السيوطي ، الأشباه والنظائر ٢٥٥/١.

[2] . ايمن الدباغ، نظرية توزيع العوائد ص ٩٩. قاعدة "الخراج بالضمان" تقرر التوازن بين الحقوق والواجبات والتكافؤ بين الصلاحيات والمسؤوليات، وهذا منطق العدل، فحق الانتفاع يقابله مسؤولية هلاك المنتفع به، والعدل يقتضي التساوي بين هذين الجانبين ، ففي بيع الأجل ضمن المشتري الثمن مقابل حق الانتفاع بالسلعة ، والعكس صحيح بالسلم ، حيث يضمن البائع السلعة مقابل حق انتفاعه بالثمن. سامي سويلم ، عقد الكالئ ص٥٨.

[3] . رواه الإمام الترمذي في سننه رقم (١٢٣٤) كتاب: البيوع ، باب : كراهية بيع ما ليس عندك ٥٢٦/٢، والإمام النسائي في سننه رقم (٦٢٢٦) كتاب: البيوع ، باب : شرطان في بيع ٤٣/٤، الإمام أحمد في مسنده رقم (٦٦٧١)، ٢٥٣/١١، قال الترمذي: حديث حسن صحيح .

[4] . العظيم آبادي ، عون المعبود شرح سنن أبي داود ٧/ ٤٩٩.

وعليه فإن قاعدة " استحقاق الربح بالمال والعمل والضمان " محمولة على أن كلا من المال والعمل يستحق الربح على وجه الاستقلال؛ لأن المال والعمل هما من عناصر الإنتاج " المستقلة"، أما الضمان فلا يستحق الربح الإ على وجه التبعية، فهو تارة ضمان عمل، وتارة ضمان مال. فالضمان إذن من عناصر الإنتاج التابعة.[١]

واني اتفق مع الدكتور رفيق المصري في تبعية الضمان (أو المخاطرة) للمال والعمل، واختلف معه في اعتبار الضمان من عوامل الإنتاج التابعة؛ لأن وصف الإنتاج يقتصر على ما يعد أصلا بنفسه وهو محقق في المال والعمل، أما الضمان فلا شك في أثره الواضح في دفع العملية الاستثمارية باعتباره حافزاً أساسياً للربح، لا عامل إنتاج يسهم في الإنتاج؛ لأن الإنتاج وصف يقتصر على الأصول المنتجة كرأس المال أما الضمان (أو المخاطرة) فهي عوامل تسهم في نسبية توزيع العوائد المحصلة من العمليات الاستثمارية.

وما الاستثمار الإ علاقة تفاعلية بين الأصالة والتبعية في الأموال بتحريك الأيدي العاملة؛ وذلك بإدخال الأصول المالية في عقود إنتاجية (صناعية، وزراعية، وتجارية) بقصد الحصول على التوابع المالية (وهي العوائد من ربح وناتج وأجر..).

وتحّمل المخاطرة هي الفارق الأساسي بين الاستثمار الربوي، والاستثمار الشرعي، فالمقصد الأساسي للمرابي أن يتفادى مخاطر التلف وتقلب الأسعار، والمقصد الإلهي أن يقطع عليه ذلك بتحريم الربا، وكل ما يؤدي إلى تحقيق ذلك المقصد؛ لأن ذلك يتنافى مع العدل الذي تتسم به الشريعة، فمن العدل أن يتقاسم الأطراف الخسارة كما يتقاسمون الربح [٢].

الفرع الثالث: العلاقة بين الأجل والضمان

والأجل والضمان في المعاوضات الآجلة وجهان لشيء واحد. فتأجيل أحد العوضين في المعاوضة يستلزم دخوله في ضمان المدين. فإذا امتنعت المعاوضة على الأجل، لزم منع المعاوضة على الضمان بالضرورة، إذا لا يتصور انفصال هذين الأمرين عن بعضهما .[٣]

وليس هناك ما يمنع من اعتبار أثر هذين العاملين في المعاوضات الشرعية. لكن ذلك خاضع لشرط "التبعية " أي أن يكون الأجل أو الضمان، أو الفرق بينهما، تابعا لمنفعة حقيقية وليس مستقلا بالمعاوضة .[٤]

والتفضيل الزمني نظير التفضيل الأمني، كلاهما منافع ومصالح تابعة لا توجد مستقلة ولا يمكن ذلك أصلا. وعلى هذا الأساس قامت الدراسات الاقتصادية. إذ اعتبرت عامل الخصم

---

[1] . انظر د. رفيق المصري ، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص١٠٩

[2] . انظر أبو نصر شخار، قاعدة الربح بالضمان ص٩٢-٩٩.

[3] . سامي سويلم، عقد الكالئ بالكالئ ص ٥٥.

[4] . المرجع السابق .

الزمني واحتمالات اللايقين محددات خارجة عن دالة المنفعة، مرتبطة بها ولا تستقل عنها ، وهما يجتمعان في المداينات والمبايعات المؤجلة [1].

وقد بين ابن خلدون أن قوام الربح يبنى على المخاطرة، قال: والتجارة هي شراء البضائع والسلع وادخارها. يتحين بها حوالة الأسواق بالزيادة في أثمانها، ويسمى ربحاً. ويحصل منه الكسب والمعاش للمحترفين بالتجارة دائماً. فإذا أستديم الرخص في سلعة، أو عرض من مأكول أو ملبوس أو متمول على الجملة، ولم يحصل للتاجر حوالة الأسواق فيه فسد الربح والنماء بطول تلك المدة، وكسدت سوق ذلك الصنف، ولم يحصل التاجر إلا على العناد، فقعد التجار عن السعي فيها وفسدت رؤوس أموالهم.[2]

ومما سبق يتبين أن الضمان والزمن توابع للأصول المعقود عليها من أعيان مالية ومنافع، فلا يتصور وجودهما مستقلين بل تابعين؛ لذلك لا يستحقان العائد أو العوض الإ بالتبعية، وهما عوامل توزيعية (تحدد نسب توزيع العوائد على عوامل الإنتاج)؛ لأن وصف الإنتاج يتعلق بالأصول (المال والعمل)، وهذا ما يحقق العدل والتوازن والمصلحة المطلقة للمتعاقدين. لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [3] وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى أحل البيع المطلق الذي يقع فيه العوض على صحة القصد، والعمل، وحرم منه ما وقع على وجه الباطل.[4]

والباطل ما يخلو من المقصد الإلهي من البيوع؛ وهو تداول المال وتبادل المنافع بالاستثمار والإنتاج الحقيقي .

وبهذا التصور ينبلج نور الاستثمار، ويطلق له العنان في تحصيل أعلى العوائد، أما قصد المخاطرة والزمن أصالة، والعقد عليهما ابتداء، يخيم العتمة المظلمة على الحركة الاقتصادية؛ بحيث تصبح المخاطرة، والزمن سلعة تباع وتشترى، وتنتج نقودا وهمية تسهم في مزيد من الانهيار الاقتصادي، وهو ذاته الذي حصل في البورصات العالمية، وأسواق المال التي تتربح من العمليات الآجلة، فأدى ذلك إلى الأزمة المالية المعاصرة.

---

[1] . المرجع السابق .

[2] **.وقد نظّر ابن خلدون لفقه المخاطرة وأثرها على الأسعار قائلا:** وكذلك نقل السلع من البلد البعيد المسافة، أو شدة الخطر في الطرقات، يكون أكثر فائدة للتجار وأعظم أرباحاً وأكفل بحوالة الأسواق. لأن السلع المنقولة حينئذ تكون قليلة معوزة، لبعد مكانها أو شدة الغرر في طريقها، فيقل حاملوها ويعز وجودها. وإذا قلت وعزت غلت أثمانها. وأما إذا كان البلد قريب المسافة، والطريق سابل بالأمن، فإنه حينئذ يكثر ناقلوها، فتكثر وترخص أثمانها. مقدمة ابن خلدون ٢٢٤/١.

[3] . سورة البقرة: آية٢٧٥ .

[4] . ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٢٦٢.

المبحث الخامس: صور اغتفار الحرام في توابع الأموال.

لا بد من تصدير الكلام بأن المعاوضات جارية على قانون واحدة، وأن الشريعة متناسبة معتدلة، تسوي بين المتماثلات، وتفرق بين المختلفات.[١]

وهذا يعني أن الحرام في المعاوضات على نسق واحد أيضا فهو مرفوض شرعا، كونه مخالفاً لأصول، وقواعد التعامل التي أقرها الشرع؛ وذلك لتحقيق العدل المطلق في التعاملات المالية.

مع التأكيد على كون الحرام وصف لازم لا يرتفع بالاغتفار، وإنما يترخص ويتسامح فيه، للتبعية، إذ الشريعة الإسلامية لها تشوّف لتحقيق أصول المعاملات المالية، فإذا شاب تابعها الحرام، ظهر باب الاجتهاد الاستثنائي، لعقد الموازنات بين المصالح والمفاسد، والمقاصد والمآلات.

أما مسألة اغتفار الحرام في المعاملات المالية ترجع إلى أصول شرعية كالضرورة، والحاجة، و قاعدة "الأصالة والتبعية "؛ فإذا أصاب الحرام أصل المعاملة المالية يعم النهي جميع المعاملة وترفض من الناحية الشرعية، وإذا ما أصاب الحرام التابع أو ما يعقد عليه تبعا، في المعاملة المالية، حينها يُرجع إلى" قاعدة الترخصات، والتخفيفات الشرعية" التي تقتضي العفو عن الحرام، والنظر إلى أصل المعاملة الحلال، فيُحكم بالإباحة. وهذا من عفو الله، ورحمته برسمه شريعة الإسلام "الشريعة الوسطى"، إذ من معانيها ما يسمى برفع المشقة والحرج عن العباد .

المطلب الأول: مفهوم الاغتفار وموقعه في التوابع عند الفقهاء

ويشمل فرعين:

الفرع الأول: مفهوم الاغتفار لغة واصطلاحا .

الاغتفار لغة: من غَفَرَ، وتعني التغطية والستر.[٢]

ولم يخرج المعنى الاصطلاحي للاغتفار عن معناه اللغوي فقد عنى الفقهاء بالاغتفار المسامحة والتساهل[٣].

[1] . ابن تيمية، نظرية العقد، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، ص١٧٣.
[2] . الفيومي، المصباح المنير ٢/ ٤٤٩، المحيط في اللغة ١/ ٤٠٨، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣١٠/٤، لسان العرب ٥/ ٢٥، الصحاح في اللغة ٢/ ٢١.
[3] . أسامه الغنيميين، قواعد الاغتفار ص ٢٤.

أما الحرام: فهو وصف شرعي يلحق القول والفعل، الذي نهى عنه الشارع الحكيم نهياً جازماً بواسطة النصوص الصريحة في الكتاب والسنة الصحيحة، ولم توجد قرينة صارفة للنهي من التحريم إلى الكراهة. والتحريم كما يجري على الأقوال، والأفعال يجري على الأموال.[١]

وأعني باغتفار الحرام في التوابع: العفو عن الحرام الذي أصاب التابع، أو ما تضمنته المعاملة المالية تبعا، والنظر إلى أصل المعاملة الحلال.

الفرع الثاني: موقع اغتفار الحرام في التوابع عند الأصوليين والفقهاء.

هناك العديد من النصوص الأصولية والفقهية، التي عالجت مسألة الاغتفار للتبعية، أو فيما يقع ضمنا في المعاوضة المالية، أذكر بعضا منها على سبيل التمثيل، على اعتبار كونها قواعد يمكن التخريج عليها.

قال الإمام العز بن عبد السلام: "يجوز بالتبعية ما لا يجوز بالأصالة".[٢] وقد وضع الإمام الشاطبي قاعدتان جوهريتان في المسألة، هما:

القاعدة الأولى: الأمر المتعلق بالمتبوع آكد في الاعتبار من الأمر المتعلق بالتابع .

القاعدة الثانية: التوابع مع المتبوعات لا يتعلق بها من حيث هي توابع أمر، ولا نهي، وإنما يتعلق بها الأمر، والنهي إذا قصدت ابتداء، وهي إذ ذاك متبوعة لا تابعة.[٣]

قال الإمام ابن عابدين: " يغتفر في الضمنيات ما لا يغتفر في القصديات".[٤]

" ويغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح" .[٥]

وذهب الإمام الكاساني إلى أنه:" يشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً" [٦]

وهو ما أكده الإمام ابن القيم بقوله: " يغتفر فيما يدخل ضمناً وتبعاً، ما لا يغتفر في الأصول والمتبوعات ".[٧]

---

[1] . **المال الحرام:** هو كل ما حرم الشرع دخوله في ملك المسلم إلا لمانع .ويقسم المال المحرم إلى قسمين :

١. **المحرم لذاته:** وهو ما كان حراما في أصله ووصفه ،أي ما حرمه الشرع لسبب قائم في عين المحرم لا ينفك عنه؛ كالخمر والخنزير .

٢. **المحرم لغيره:** وهو كل مال حرمه الشرع لوصفه دون أصله؛ لأن سبب التحريم لم يقم في ذات الشيء وماهيته وإنما جاءت الحرمة من أمر خارجي منفك عن ذات المال ، كالربا والظلم .

عباس الباز، المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف به في الفقه الإسلامي ، ص٢٨-٣٣.

[2] . العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢ / ١٤٦.

[3] . الشاطبي، الموافقات ٤٣٦/٣

قال الإمام القاضي عبد الجبار:" الشيء يقبل بطريق الضمن والتبع، ولا يقبل بطريق الأصالة". الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ٣ / ٢٢٨.

قال الإمام البيضاوي: " الشيء يغتفر إذا كان تابعا، ولا يغتفر أصلا في مسائل كثيرة أصولية وفقهية". البيضاوي، الإبهاج في شرح المنهاج ٢/ ٢٦١.

[4] . ابن عابدين، رد المحتار ٢/ ٤٣٠.

[5] . المرجع السابق ٦/ ٢١٣.

[6] . الكاساني، بدائع الصنائع ٥٨/٦.

[7] . ابن القيم، زاد المعاد ٨٢٥/٥.

وغيرها من النصوص الكثيرة التي لا يتسع المقام لعرضها[١]، والتي يفهم منها توجه تحقيق الأصول الشرعية نحو الأصل والأصالة، والتسامح والاغتفار في التابع والتبعية. وفيما يلي بحث أهم ما يغتفر في المعاملات المالية، في التوابع وما يعقد عليه تبعا.

المطلب الثاني: اغتفار الغرر الذي تضمنته المعاوضة المالية على سبيل التبعية.

أولا : مفهوم الغرر لغة واصطلاحا.

الغرر لغة: الخطر[٢].

أما الغرر اصطلاحا: "ما كان مستور العاقبة"[٣]، وقد استنبط الفقهاء مفهوم الغرر من صوره التي جاءت منصوصة في أحاديث النبيﷺ، تعدد أنواعا له[بيع المنابذة، والحصاة، والملامسة، وحبل الحبلة، واللبن في الضرع، والمضامين، والملاقيح....].[٤]

وقد ورد النهي في الشريعة الإسلامية عن بيع الغرر، وذلك فيما رواه أبو هريرة ﷺ قال: " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر".[٥]

وجه الدلالة: دلّ الحديث على تحريم بيع الغرر؛ لأنه بيع للخطر على نحو يورث التردد في تمام العقد؛ لتأثيره على استقرار العقد، وزعزعة الرضا بين المتعاقدين، ما يهدد كيان العقد بالانهيار.

وقد ذهب الإمام ابن تيمية إلى أن الغرر: ما كان متردداً، بين أن يسلم للمشتري، فيحصل المقصود بالعقد، وبين أن يعطب فلا يحصل المقصود بالعقد.[٦] فالمقصد من تحريم الغرر، عدم أمكانية تسليم المعقود عليه .

ثانيا: أثر الغرر على المعاوضة المالية :

ينقسم الغرر من ناحية تأثيره على المعاوضة المالية إلى قسمين[١]:

---

[1] . قال الإمام ابن حجر:" يغتفر في التابع والواقع في الأثناء، ما لا يغتفر في المقصود والواقع في الابتداء. فتاوى ابن حجر ٦/ ٢٧١. " المتبوع المقصود بالذات ، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع ". فتاوى ابن حجر ٦/ ٤٥٣" التوابع والأمور الخاصة يغتفر فيهما ، ما لا يغتفر في الأصول والأمور العامة". فتاوى ابن حجر ١/ ٩٨.
وجاء في حاشية الجمل: " يغتفر في الشيء تبعا ، ما لا يغتفر فيه مقصودا ". حاشية الجمل ١٠/ ٧٨٠. قال أيضا:" يغتفر في الصفة التابعة ما لا يغتفر في الذوات المقصودة ". حاشية البجيرمي١ /٢٧٩. " والشرط يغتفر فيه ما لا يغتفر في الركن" حاشية الجمل ٣/ ٢٧٦. وفي موضع أخر " يغتفر في المنافع، ما لا يغتفر في الأعيان" .حاشية الجمل ٧/ ٤١٤. قال الإمام البهوتي:" يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال".

[2] . ابن منظور، لسان العرب المادة (غرر) ٥/١١، الفيومي، المصباح المنير المادة (الغرة) ٢/٤٤٥.

[3] . السرخسي، المبسوط١٣/٦٨،القرافي، الفروق٣/٢٦٥،الماوردي، الحاوي ٦/١٧،ابن تيمية، القواعد النورانية، ص ١٣٨، ابن القيم، زاد المعاد ٤/٢٦٧.

[4] . ليس هنا محل تفصيلها، يرجع إليها في الكتب التي اعتنت بموضوع الغرر، الضرير، محمد أمين، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي،ط١، دار نشر الثقافة ، ١٣٨هــ، ١٩٦٧م، ص ٧٩

[5]. أخرجه مسلم حديث رقم(١٥١٣)، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة. ٣/ ١١٥٣. وقد ورد الحديث بروايات عديدة وذلك بتقديم لفظ الحصاة أو تأخيرها، في : سنن أبي داوود، ؛حديث رقم [٣٣٧٦] كتاب البيوع ، باب في بيع الغرر، ٢/ ٢٧٤. سنن الترمذي حديث رقم [١٢٣٠] كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغرر٢/ ٥٢٣ . سنن النسائي حديث رقم (٤٥١٨) كتاب البيوع ، باب بيع الحصاة ٧/ ٢٦٢.

[6] . ابن تيمية ، نظرية العقد ص ٢٢٤.

الغرر المؤثر: الذي يكون معه العقد غير صحيح؛ ويتوجه إلى المعقود عليه أصالة؛ كبيع الملاقيح، والمضامين، وبيع الثمار قبل ظهورها، وبيع الملامسة، والمنابذة، وبيع مجهول الجنس، أو النوع [٢].

الغرر غير المؤثر: الذي لا يؤثر في صحة العقد بالرغم من وجوده فيه؛ حيث يتوجه إلى التابع – أي ما كان تابعا للمقصود بالعقد –.[٣]

يلاحظ من التقسيم أن مناط تأثير الغرر في المعاوضة المالية، هي **قاعدة الأصالة والتبعية.**

بحيث وضع الشيخ الضرير ضابطا للغرر المؤثر بقوله: **هو الغرر الكثير، في عقود المعاوضات المالية، إذا كان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة.**[٤]

وأرى أنه يمكن اختصار الضابط بالقول: إن الغرر المؤثر، ميزانه قاعدة" الأصالة والتبعية" بحيث يعتبر الغرر مؤثراً إذا لامس أصالة العقد؛ لأن ما تعلق بالأصل يصعب المسامحة فيه، حيث يقع النزاع لأجله بين المتعاقدين في الغالب.

ثالثا : الغرر اليسير معفو عنه للتبعية.

أولا: موضع اغتفار الغرر للتبعية:

وهو ما جلاه الإمام القرافي عندما قسّم الغرر والجهالة إلى ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعا؛ كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعا؛ كأساس الدار، وقطن الجبة، ومتوسط؛ اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثاني؟ فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير.[٥]

وهذا الأخير هو صنعة المجتهد، ولعل أقرب ما يضبطه العرف الجاري في المعاملات المالية، فما يقترب من القليل يعطى حكمه، وما يقترب من الكثير يعطى حكمه .

وجاء الاستثناء من بيع الغرر في أمرين هما:

الأول: ما يدخل في المبيع تبعا بحيث لو أفرد لم يصح بيعه .

---

[1]. انظر الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص ٥٨٣ ،ص ٥٩٤.

[2] . **الملاقيح:** هو بيع ما في أرحام الإناث، أو ما في بطون الحوامل. **المضامين:** هو بيع ما في أصلاب الفحول مغني المحتاج ٣٥٦/٦، ٣٥٧، **بيع الملامسة:** هو أن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل . **بيع المنابذة:** أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه ، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض. صحيح مسلم بشرح النووي: ١٥٥/١٠.

[3]. انظر الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص ٥٨٣ ،ص ٥٩٤.

[4] . الضرير، الغرر وأثره في العقود ص ٥٨٣

[5] . القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، الفرق الثالث والتسعون والمائة ١٠١٥/١.

وقد ذهب الضرير إلى أن وضع ضابط محدد للغرر الكثير والغرر اليسير في وقت واحد أمر غير ميسور؛ لذلك اقترح مسلكين في المسألة :

١. أن تترك هذه المعايير المرنة _الغرر الكثير واليسير والمتوسط_ كما هي تفسر حسب الظروف والأحوال واختلاف العصور والأنظار ، وهو مما يجعل نظرية الغرر نظرية مرنة .
٢. أن نضع ضابطا للغرر الكثير وحده، ونقول هو الغرر المؤثر ، وكل ما عداه فلا تأثير له ، وخير ضابط ما قاله الباجي: الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف فيه . الضرير، الغرر وأثره في العقود . ص ٥٩١،٥٩٢.

والثاني: ما يتسامح فيه إما لحقارته، أو للمشقة في تمييزه وتعيينه، ومما يدخل تحت ما ذكر بيع أساس البناء، واللبن في الضرع، والحمل في بطن الدابة، والقطن المحشو في الجبة، إذا كانت تبعا[١] .

وبالنظر إلى الأمرين السابقين يتبين أن سبب اغتفار الغرر فيهما؛ التبعية للمعقود عليه، فما يشق تمييزه وتعيينه هو تابع للعقد .

كما وضع الإمام الباجي ضابطاً" للغرر المؤثر" في العقد قائلا:(الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به)[٢]. ولا شك أن الكثير الغالب هو ما يتعلق بالأصل، أو ما يعقد عليه أصالة في المعاملة المالية، وأن القليل اليسير يتبع الأصل، ولا يفرد بالحكم. وهو ما أكّده الإمام الباجي في موضع أخر حين قال: (وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع، فإنه لا يكاد يخلو منه عقد. وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهم فيما فيها من الغرر هل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة، أو من حيز القليل الذي لا يمنعها؟).[٣]

كما جعل الإمام ابن القيم القلة والكثرة معياراً لاغتفار الغرر من عدمه، بقوله:(الغرر إذا كان يسيراً، أو لا يمكن الاحتراز منه، لم يكن مانعاً من صحة العقد؛ بخلاف الكثير الذي يمكن الاحتراز منه).[٤]

وقد ذكر الإمام وصفين للغرر المغتفر في العقد؛ وهما أن يكون يسيرا، أو لا يمكن الاحتراز عنه، مع الملاحظة أنه ليس دائما يعتبر التابع يسيراً أو قليلاً، فقد يكون كثيراً غالباً، وذلك عند قصده أصالة.

ويستدل على اغتفار الغرر للتبعية:

أولاً: حديث الرسول ﷺ:" من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع"[٥]، دل الحديث على أن موجب اغتفار الغرر في الثمرة المشتراه قبل بدو صلاحها، التي اشترطها المبتاع؛ إنما هي " التبعية "، أي أن تقصد في العقد تبعاً لا أصالة، وأنه لا حرج عندئذ في أن يكون للثمرة المؤبرة قسط من الثمن ما دامت ثابتة ضمناً وتبعاً لا استقلالاً [٦]. وتعليل

---

[1] . ابن حجر، فتح الباري ٣٥٧/٤.
[2] . الباجي، المنتقى ٤٥/٥
[3] . الباجي، المنتقى ٤٥/٥
[4] . ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ٨٢١.
قال الإمام النووي: مدار البطلان بسبب الغرر، والصحة مع وجوده: أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر، ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيراً (يسيراً) جاز البيع وإلا فلا. النووي، المجموع ٢٥٨/٩.
[5] . سبق تخريجه ٢٥.
[6] .انظر نزيه حماد، فقه المعاملات المالية والمصرفية ، ص ٩٩.

ذلك:أنه إذا باعها مع الأصل، حصلت تبعا في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها.[١] فظهر أنه يجوز من الغرر اليسير ضمنا، وتبعا ما لا يجوز من غيره.[٢]

ثانيا: القواعد الفقهية وأهمها قاعدة [يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها، وقريب منها: يغتفر في الشيء ضمنا ما لا يغتفر فيه قصدا] [٣].

قال الشيخ الزرقا في تفسير القاعدة: أي إن الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعا في المحل الأصلي، ويتساهل بها في توابعه.[٤]

ويمكن القول إن كل غرر يدخل عقود المعاوضات المالية على سبيل التبع، أو يلحق العقد ضمنا يُرَخّص فيه، ويغتفر فيه، وقد بنيت العديد من القواعد الفقهية، لتقرير هذا الأصل، عمدتها " قاعدة التقديرات الشرعية " التي مفادها؛ إعطاء المعدوم حكم الموجود[٥].

وإعطاء الموجود حكم المعدوم كالغرر والجهالة في العقود إذا قل، أو تعذر الاحتراز منها[٦].

قال الإمام ابن تيمية : "يجوز من الغرر اليسير ضمنا مالا يجوز من غيره".[٧]

وتعني هذه القاعدة أن الشرع يتسامح فيما يقع ضمن شيء آخر مباح وتبعا له، مالا يتسامح فيما لو كان هو المقصود أصلا، فقد يبيح ما الأصل عدم إباحته لوقوعه ضمن أمر مباح وتبعا له، وقد يتسامح في بعض الشروط فلا يشترط في التابع ما يشترط في المقصود الأصلي، وإن كانت صورتهما واحدة، وذلك للحاجة إليه؛ ولأنه يحصل ضرورة لثبوت متبوعه، أو ما هو في ضمنه فلو منع منه لأدى إلى منع أصله المباح.[٨]

وذكر الإمام ابن تيمية تعليل ذلك بقوله: إن مفسدة الغرر أقل من الربا؛ فلذلك رُخِّص فيما تدعو الحاجة إليه منه، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً.[٩]

ونخلص مما سبق أنه يجوز في التابع من الغرر، ما لا يجوز في المتبوع، وأن ضابط الغرر المغتفر في المعاملات المالية يستند إلى " قاعدة الأصالة والتبعية"؛ بحيث يعد الغرر غير مؤثر إذا وجد في التابع المالي؛ وهذا الأخير له مواصفات، لا بد من الأخذ بها:

- أن يكون يسيرا بالنسبة للمعقود عليه أصالة.

---

[1] .ابن قدامة، المغني ٢١٨/٤.
[2] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٦/٢٩.
[3] . الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٢٢٨.
[4] . الزرقاء، المدخل الفقهي العام ،١٠٢٥/٢.
[5] . العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام ٩٥/٢.
[6] . إيضاح المسالك: القاعدة: الحادية والخمسون :ص٢٤.
[7] . ابن تيمية، القواعد النورانية ص١٤٠
[8] . عبد الرحمن عبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير،عمادة البحث العلمي،٢ /٥٩٧ .
[9] . القواعد النورانية، ص ١٤٠.

- عدم قصد العاقدين إليه غالبا، وهو ما يحدد من خلال العرف التجاري، والاتجاه العام للعقود.
- ما تدعو الحاجة إلى التعامل به في العقود. والله تعالى أعلم بالصواب .

المطلب الثالث: اغتفار الجهالة التي تضمنتها المعاوضة المالية على سبيل التبعية.

أولا: مفهوم الجهالة وأنواعها .

أولا : مفهوم الجهالة :

الجهالة لغة: من جهل، ويعني خِلاف العِلْم.[1]

الجهالة اصطلاحا: وصف لما علم حصوله، وطوي عنا المراد منه، أو جنسه، أو نوعه، أو صفته، أو مقداره، أو وقت وجوده.[2]

ثانيا : الفرق بين الغرر والجهالة :

وقد فرق الإمام القرافي في فروقه بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر، قائلا: اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى؛ وأصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل، أم لا كالطير في الهواء، والسمك في الماء.

وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول كبيعه ما في كمه فهو يحصل قطعا لكن لا يدرى أي شيء هو فالغرر، والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه.[3]

وقد رجح الدكتور الضرير أن الغرر أعم من الجهالة، فكل مجهول غرر، وليس كل غرر مجهولا، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة، كما في شراء الآبق المعلوم الصفة، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر.[4]

ثالثا : أنواع الجهالة :

وقد بين الإمام الكاساني مقصد حظر الجهالة في الشرع بقوله: الجهالة لا تمنع صحة التمليك لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة؛ ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضي إلى المنازعة؟.[5]

ومراعاة لهذا المقصد قُسمت الجهالة إلى قسمين[6]:

---

1 . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٤٣٥/١.
2 . عبد الله الصيفي، الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات، ط١، دار النفائس، الأردن١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م. ص٢٥
3 . القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، الفرق الثالث والتسعون والمائة ١٠١٥/١.
4 . الضرير، الغرر وأثره على العقود ص ٣٩ .
5 . الكاساني ، بدائع الصنائع٤ / ١٨٠
6 . عبد الله الصيفي، الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات ص ٣٩-٤٠.

١. **جهالة فاحشة:** وهي تلك الجهالة المفضية للنزاع والمانعة من التسليم، والتسلم سواء أكانت ناتجة عن جهالة الجنس، أو أي سبب آخر يعد عند أصحاب الاختصاص مؤديا للنزاع .

٢. **جهالة يسيره:** وهي تلك الجهالة التي لا تفضي إلى النزاع، ولا تمنع من التسليم والتسلم، سواء أكانت ناتجة عن جهالة النوع، أو أي سبب آخر لا يعتبر عند أصحاب الاختصاص مؤديا للنزاع .

ثانيا: موضع اغتفار الجهالة في المعاملة المالية :

قال النبي ﷺ: ((من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)).[1]

واستدل الإمام الشافعي على جواز أن يشترط المشتري مال العبد، وإن كان مجهولا؛ لأنه تبع له كما يجوز حمل الأمة تبعا لها، وحقوق الدار تبعا لها، ولا يجوز بيع الحمل دون أمه، ولا حقوق الدار دونها[2].

وخَلُص الإمام الماوردي إلى تأييد تعليل الإمام الشافعي بجواز أن يشترط مال العبد، وإن كان غائبا أو مجهولا: لجواز الجهالة في توابع العقد[3].

جاء في زاد المعاد: لو استأجر أرضا وفيها بئر ماء فإن الماء يدخل تبعا، وقد يغتفر في الأتباع ما لا يغتفر في المتبوعات.[4]

ويستفاد من أقسام الجهالة أن اغتفارها في المعاوضة المالية، يتبع المقصد من تحريمها " وهو منع المنازعة بين المتعاقدين"، وبناء على ذلك إذا وجدت جهالة فاحشة ضمنا، ولم تؤدي إلى نزاع بين المتعاقدين، رُخص فيها، وعُفي عنها، مراعاة لأصالة المقصد من شرع العقد، إذا هو الأصل المتبوع .

ومن أمثلة الجهالة الفاحشة المغتفرة تبعا، ما جاء في جواز" دخول الحمام من غير تقدير أجرة، ولا تقدير مدة اللبث، ولا تقدير الماء المستعمل" فالجهالة أصابت ثلاثة عناصر رئيسة، في المعاملة المالية؛ هي الزمن، والثمن، والمقدار المحدد للإجارة، لذلك وصفت بالفاحشة، ومع ذلك اغتفرت على سبيل التبعية للأصل المعقود عليه، فالقصد توجه لاستيفاء منفعة مباحة بعوض، ويمكن تقديرها وضبطها عرفا؛ لأن العادة قضت بعدم المنازعة في هذه الأمور، للحاجة، والمصلحة المعتبرة في مثل هذه العقود رغم ما فيها من جهالة .

[1] . سبق تخريجه ص ٢٥
[2] . وهذا قول الإمام الشافعي في القديم؛ لأنه كان يرى أن العبد يملك إذا ملك. الماوردي ، الحاوي ٥/ ٢٦٨.
[3] . الماوردي ، الحاوي ٥/ ٢٦٩.
[4] . ابن القيم ، زاد المعاد ٥/ ٧٠٣.

قال الإمام الشاطبي: (أن الأمة استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة، ولا تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل... وذلك لقاعدة فقهية: وهي أن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات وهو تحسيم أبواب المفاوضات، ونفي الضرر إنما يطلب تكميلا، ورفعا لما عسى أن يقع من نزاع فهو من الأمور المكملة، والتكميلات إذا أفضى اعتبارها إلى إبطال المكملات سقطت جملة تحصيلا للمهم).[١]

وقد اتسع اغتفار الجهالة عند المالكية ليشمل جهالة المعقود عليه، نظرا للغلبة، جاء في حاشية الدسوقي: (فلا يغتفر... بيع مجهول بمعلوم ربوي، أو غيره، أو بيع مجهول بمجهول من جنسه فيهما للغرر؛ بسبب المغالبة فإن تحققت المغلوبية في أحد الطرفين جاز. وجاز المجهول بمثله أو بالمعلوم، إن كثر أحدهما؛ أي العوضين كثرة بينة تنتفي معها المغالبة في غير ربوي؛ أي فيما لا ربا فضل فيه فيشمل ما يدخله ربا نساء فقط؛ كالفواكه وما لا يدخله ربا أصلا كقطن وحديد لكن بشرط المناجزة في الطعام).[٢]

يستفاد من النص السابق اعتبار الغلبة أو الكثرة أساسا في كون الجهالة الفاحشة مانعة من صحة العقد، على عكس كون الجهالة نادرة أو قليلة بالنسبة للمعقود عليه إذ تعد تابعة لا تفسد العقد.

كما جعل الإمام الشاطبي اغتفار الحرام في الجهالة سبيلاً إلى تحقيق المقاصد الشرعية، وأولويات الحكم: حين قال:(البيع ضروري والغرر والثمن والجهالة تكميلية بالنسبة للبيع، فلو اشترط انتفاء الغرر انتفاء تاما لتعذر البيع تماما، ولأدى اشتراط هذا الأمر التكميلي إلى إبطال الأصل الضروري وهو البيع، ولذلك اغتفر الشرع الغرر اليسير الذي لا يمكن دفعه، حفاظا على أصلهما وهو البيع)[٣].

بل دعا الإمام ابن تيمية إلى النظر إلى أصالة المقصد، من شرع العقد، إذ هو الأصل المتبوع، وما شابه من جهالة تابعة فمن العدل اغتفارها، قال: (وظهر أن هذه التعقيدات التي تشترط في البيع لا أصل لها في كتاب ولا سنة، وأثر عن صحابة .... مثل اشتراط الصيغ في العقود، وتسمية مقدار الثمن وغير ذلك، واشتراط رؤية المبيع ووجوده كله، حتى لا يجوز بيع المقاثي الإ لقطة لقطة، ولا بيع ما أصله في الأرض وورقه ظاهر ونحو ذلك .

---

[1] . الشاطبي، الاعتصام ٣٩٠/١ .
[2] . الدسوقي، حاشية الدسوقي الشرح الكبير ٦٠/٣ .
[3] . الموافقات ١٠/٢-١١، عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها على المعاملات المالية ص١٤.

<u>وأصل هذه المسائل</u>: اشتراط رؤية المبيع، وكونه كله موجودا ليحصل به علم الشاهد، فهذا شرط فاسد لا أصل له أصلا، بل إذا رأى منه ما يدل على الباقي كفى، وإذا وصف به المقصود كفى).[١]

ونلحظ من فقه الإمام ابن تيمية للجهالة، أن اشتراط العلم بكافة محتويات العقد علما تاما، هو من التعقيدات غير الواردة في الشرع؛ وإنما الأصل في ذلك تحقيق المقصود من العقد، على وجه لا يورث النزاع والخصام بين المتعاقدين، وهو الأمر الذي سارت عليه المعايير الشرعية المعاصرة[٢]، فمثلا تغتفر الجهالة في الثمن، أو الأجرة وذلك مثل: البيع بسعر السوق يوم الشراء، أو بما ينقطع عنه السعر يوم الشراء، أو بما يتبايع به الناس، أو بيع الاستجرار[٣]، والبيع بسعر الوحدة لكمية يراها، ولا يعرف مقدارها ولا ثمنها الإجمالي[٤]، ففي هذه الحالات لا يفسد الغرر العقد[٥].

المطلب الرابع: اغتفار عدم تطبيق قواعد الصرف فيما يعقد عليه تبعا.

وظهر ذلك في مسألتين هما:

أولا : <u>مسألة مال العبد</u> .

فيما رواه ابن عمر ﷺ عن النبي ﷺ قال: **((من ابتاع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)).**[٦]

وقد تناول الفقهاء هذا الحديث بالتدليل والتعليل، بناء على النظر الاجتهادي في ملكية العبد للمال أو عدم ملكيته[٧]. وهو ما سأغض الطرف عنه؛ لانتهاء أحكام الرق، حيث إن القدر المتفق عليه عند الفقهاء، أن العبد وماله ملك لسيده .

---

[1] . ابن تيمية ، نظرية العقد ص١٧٣.

[2] . المعيار الشرعي رقم (٣١) ، ضابط الغرر المفسد للمعاملات المالية. اعتمد المعيار المجلس الشرعي، مكة المكرمة، السعودية . ٨-١٢/سبتمبر/٢٠٠٧م.

[3] . وهو أخذ الأشياء من البياع دوريا بالمعاطاة وتحديد ثمنها ولو بعد استهلاكها بما تعارف عليه الناس أو بمؤشر.

[4] . مثل كمية من الحبوب إذا بيعت كل كيلو جرام منها بكذا ، أو الاستئجار سيارة أجرة بعداد بحيث لا تحدد الأجرة إلا بعد الوصول إلى المكان المقصود ، أو الاستئجار بأجرة المثل ،ومنه الأجرة المتغيرة بالاستناد لمؤشر مختص .

[5] . المعيار الشرعي رقم (٣١) ، المجلس الشرعي، ٥/٣ (الغرر الناشئ عن الجهل بالأجل). ص٥٠٦.

[6] . سبق تخريجه ٢٥.

[7] . قال أبو عمر للتابعين في مال العبد إذا بيع أو أعتق ثلاثة أقوال:
أحدها : أن ماله تبع له في البيع والعتق جميعا وممن قال ذلك الحسن والزهري ،وهو قول داود وأبي ثور .
والثاني: أن ماله لسيده في العتق والبيع جميعا وكذلك إذا كان ممن قال بذلك قتادة وجماعة وإليه ذهب الشافعي والكوفيون .
والثالث : إن مال العبد تبع له في العتق وإن بيع فماله لسيده وللمشتري أن يشترطه إن شاء
وممن قال ذلك إبراهيم النخعي، وهو قول مالك والليث. ابن عبد البر، الاستذكار ٦/ ٢٧٧، ويراجع بداية المجتهد ٢/١٩٠-١٩٤.

وقد استدل المالكية،[1] والحنابلة[2]، وأبو إسحاق المروزي من الشافعية[3] بالحديث على جواز مبادلة ما يقع تبعا في المعاوضة المالية دون تطبيق قواعد الصرف[4].

وهو ما بيّن صورته الإمام مالك بقوله: (الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان، أو دينا، أو عرضا يعلم، أو لا يعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا).[5] وقد علل الإمام ابن العربي اغتفار تطبيق قواعد الصرف في التابع بالمقاصد والمصالح؛ (لأن الرجل إذا اشترى عبدا له ذهب بذهب، فالقاعدة الثالثة: تمنع من جهة الربا، والقاعدة العاشرة في المصالح والمقاصد، تقتضي جوازه؛ لأنه إنما المقصود منه ذاته لا ماله، والمال وقع تبعا).[6] وبهذا أعمل الإمام ابن العربي فقه الموازنات في فهم الحديث الشريف، واجتهد في جمع الأصول الشرعية، دون إهمال بعضها.

وقد أضاف الإمام الشاطبي للقصد، معيار رفع الحرج والمشقة في اليسير:(فقد أجازوا البيع بالصرف إذا كان أحدهما تابعا للآخر، وأجازوا بدل الدرهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما والأصل المنع في الجميع؛ لما في الحديث من أن الفضة بالفضة، والذهب بالذهب مثلا بمثل سواء بسواء؛ ولأن من زاد أو ازداد فقد أربى، ووجه ذلك أن التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج، والمشقة، وهما مرفوعان عن المكلف).[7]

وقد تابع عدد من العلماء المعاصرين الاستدلال بالحديث على مواطن الاغتفار للتبعية، حيث ذهب نزيه حماد إلى أن ربا البيوع مغتفرٌ؛ أي مرخصٌ فيه شرعا، إذا وقع تبعاً لا مقصودا في العقد، تيسيرا على العباد، ورفقا بهم، ورفعا للحرج عنهم.[8]

كما بين القره داغي أن الحديث أعطانا مؤشراً جيداً لرعاية المقاصد عند التوابع بحيث إذا وجد حرج شديد لا نطبق عليه مقتضى القواعد العامة... مثل تطبيق قاعدة التقابض في المجلس مع التماثل عند اتحاد الجنسين، أو دونه عند اختلافهما، المأخوذة من الأحاديث الصحيحة الدالة على ذلك، حيث لا تطبق عند بيع الإنسان جاريته التي معها حلي من الذهب حيث يدل بوضوح

---

[1] . انظر ابن عبد البر، التمهيد ١٣/ ٢٩٤، العربي، أبي بكر، القبس شرح موطأ مالك بن أنس(٣م)، ط١،تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان ،١٩٩٢م، ٢/ ٨٠٥.

[2] . انظر ابن مفلح، المبدع شرح المقنع ٤/ ٦٥، ابن قدامة، المغني ٤/ ١٦٨.

[3] . انظر الماوردي، الحاوي ٥/ ٢٦٩.

[4] . وشروط الصرف هي : ١. التماثل في القدر عند اتحاد الجنس.٢. وجوب قبض البدلين في مجلس العقد .٣.أن يخلو من الأجل ٤.أن يخلو من خيار الشرط للمتصارفين أو لأحدهما .الباز، عباس ، أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة ط٢، دار النفائس، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م. ص٤١-٧٨.

[5] . ابن عبد البر، التمهيد ١٣/ ٢٩٤.

[6] . العربي، القبس شرح موطأ مالك بن أنس ٢/ ٨٠٥.

[7] . الشاطبي، الاعتصام ١/ ٣٩٠.

[8] . نزيه حماد، فقه المعاملات المالية والمصرفية ص ٢٧.

على أنه لا ينظر في مال العبد الذي معه حتى، ولو كان ذهباً، أو فضة إلى تطبيق قاعد بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، أو بيع أحدهما بالآخر[1].

ومما سبق عرضه يتبين نظرة الفقهاء إلى أصالة العقد، مع الموازنة بين المصالح والمفاسد، فتسامحوا، وتساهلوا في التابع غير المقصود. وبذلك تقررت لديهم أوصاف للتابع الذي يغتفر فيه تطبيق قواعد الصرف والدين؛ وهي أن لا يقصد أصالة من قبل المتعاقدين.

وأن يحقق اغتفار الربا في التابع مصلحة للمتعاقدين، بحيث تؤدي المشاحة فيه إلى الحرج والمشقة.

ثانيا: <u>مسألة مد عجوة أو السيف المحلى</u> .

تعرف هذه المسألة عند الشافعية والحنابلة "بمد عجوة[2]" وعند الحنفية والمالكية " بالسيف المحلى ".[3]

وقد اختلف النظر الاجتهادي للفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من ذهب إلى منع الربا وسد بابه جملة وتفصيلا، ومنهم من اغتفر الربا في جانب منها بناء على قاعدة الأصالة والتبعية، وقد رأيت من الفائدة بيان الرأي الفقهي عند كل مذهب على حدا؛ لتنوع الآراء فيها.

أولا: <u>رأي الحنفية</u>:

أجاز الحنفية بيع ربوي بجنسه، إذا كان تابعا في عين مالية، على وجه الاتصال بها، وكان انفصاله عنها يضر بأصلها، بهلاكه أو تقليل منفعته؛ أي المموه منه دون غيره[4].

واستدلوا على رأيهم بما يلي:

١. بأن أصحاب رسول الله ﷺ ورضي الله عنهم كانوا يتبايعون فيما بينهم السيف المحلى، والمنطقة المفضضة، وبه نأخذ فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض، وبالنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس، وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية.[5]

---

[1] . القرة داغي، بحث أثر الديون على النقود ص٦٩-٧٠.

[2] . المُدُّ بالضم: كيل وهو رطل و ثلث عند أهل الحجاز فهو ربع صاع؛ لأن الصاع خمسة أرطال و ثلث، ورطلان عند أهل العراق. المصباح المنير ٢/ ٥٦٦.
أن يكون مال الربا من الجانبين من جنس واحد وفيه تقع القاعدة المقصودة فمن صوره، أن يختلف الجنس من الطرفين أو من احدهما. الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز ٨/ ١٧٣.
ومن صوره: كما إذا باع مد عجوة، ودرهما بمد عجوة ودرهم، أو بمدي عجوة، أو بدرهمين، أو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير، أو بصاعي حنطة، أو بصاعي شعير. ومن صوره: أن يختلف النوع أو الصفة من الطرفين أو أحدهما، كما إذا باع مد عجوة ومد صيحاني، بمد عجوة، ومد صيحاني، أو بمدي عجوة. النووي، روضة الطالبين ٣/ ٥٣.

[3] . وهي بيع ربوي بجنسه، ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسهما، وتتدرج تحتها صور عديدة في الفقه الإسلامي؛ مثل بيع شيء محلى بذهب أو فضة كسيف أو مصحف بجنس حليته، وبيع نقد بجنسه ومع أحدهما أو كليهما شيء آخر.

[4] .انظر السرخسي ، المبسوط ١٤/ ١٦-٢٢، رد المحتار ٣٩٣/٥، السمرقندي، تحفة الفقهاء ٣/ ٣٢، ٣٣، الحصفكي، الدر المختار ٥/ ٣٩٢

[5] . السرخسي، المبسوط ١٤/ ١٦

٢. الاستدلال بقاعدة القلة والكثرة، ورفع الحرج؛ لأن التمويه لون الفضة، وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شيء فلا يجري الربا باعتباره، وعلى هذا لو اشترى دارا مموهة بالذهب بثمن مؤجل فإنه يجوز، وأن كان بسقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب؛ لأنه لا يتخلص منه شيء فلا يعتبر ذلك في حكم الربا.[1]

٣. اعتبار قاعدة التبعية. قال الإمام ابن عابدين: (.. وقد عُلم بهذا أن الذهب إن كان عينا قائمة في المبيع كمسامير الذهب ونحوها في السقف مثلا يعتبر كطوق الأمة، وحلية السيف، ومثله المنسوج بالذهب فإنه قائم بعينه غير تابع، بل هو مقصود بالبيع كالحلية والطرق، وبه صار الثوب ثوبا ولذا يسمى ثوب ذهب بخلاف المموه؛ لأنه مجرد لون لا عين قائمة، وبخلاف العلم في الثوب فإنه تبع محض فإن الثوب لا يسمى به ثوب ذهب).[2]

مما سبق يتبن أن الحنفية قد ميزوا بين نوعين من التوابع اللاحقة بأصولها .

١. التابع الذي يمكن تقدير قيمته وزنا (= كالسيف المحلى)، فاشترطوا أن يكون الثمن أكثر، من قيمة التابع (= الذهب أو الفضة المحلاة بالسيف)، ووجه اغتفار الربا فيها، جواز التفاضل بالشرط السابق.

٢. التابع الذي لا يمكن تقديره (= كاللجام المموه بالفضة)، فأجازوا بيعه بجنسه، دون النظر إلى القلة والكثرة .

- **ثانيا: <u>رأي المالكية</u>:**

ذهب المالكية إلى جواز أن يباع المحلى فيه بجنس ما فيه من الحلي، فإن كان محلى بفضة جاز بيعه بالفضة، وإن كان محلى بذهب جاز بيعه به، بثلاثة شروط ذكرها الإمام الباجي[3]:

الشرط الأول: أن يكون ذلك النوع من الحلي مباحا في الشرع استعماله واتخاذه؛ كالسيف والمصحف وخاتم الرجل يكون فيه حلية الفضة، وحلي النساء يكون فيه الذهب والفضة فهذا لا خلاف فيه أنه مباح اتخاذه .

الشرط الثاني: أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعا لقيمة المحلى وبما تكون الموازنة من الحلي بقيمته أو وزن ما فيه الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلي وقيمة المحلى...؛ لأن كل حكم يعتبر في تحليل بيع الذهب وتحريمه فإنما يعتبر فيه بوزنه دون قيمته كالتساوي والتفاضل .

---

1. السرخسي، المبسوط ١٤/ ١٩.
2. ابن عابدين، رد المحتار ٥/٣٩٤.
3. انظر " بتصرف " الباجي، المنتقى شرح الموطأ ٣/ ٤٠٣.

الشرط الثالث: أن يكون الحلي مرتبطا بالمحلى ارتباطا في إزالته مضرة فلا يقدر على إزالته من المبيع وتمييزه إلا بمضرة لاحقة.

كما وضّحَ الإمام الباجي، **المقدار الذي إذا بلغه كان تبعا وإذا تجاوزه لم يكن تبعا** .

فقال: لم يختلف أصحابنا في النص على هذه المسألة في أن **الثلث وما دونه في حكم التبع وأن ما زاد على ذلك فليس بتبع**[١].

وعلل الإمام ابن رشد حد الثلث فأقل للتابع: كأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع، وصارت كأنها هبة.[٢]

كما ذهب الإمام مالك إلى أن كل شيء من الذهب والورق والطعام، لا ينبغي أن يباع إلا مثلا بمثل، فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد من المرغوب فيه الشيء الرديء، والمسخوط ليجاز البيع وليستحل بذلك ما نهي عنه من الأمر الذي لا يصلح.[٣] وصورتها عند الإمام:(أنه باعه ذلك الدينار مفردا لم يأخذه بعشر الثمن، يعني أن ذلك الدينار الرديء الذي مع السلعة لو باعه مفردا لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين، وإنما أضاف إليه السلعة؛ ليتوصل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيد بدينار رديء، وهذه المسألة تعرف بمسألة مدي عجوة؛ لأنها تفرض فيمن باع مد عجوة ودرهما بدرهمين).[٤]

رأي الشافعية والحنابلة:

ذهب الشافعية[٥] والحنابلة في الرواية الراجحة[٦] إلى عدم جواز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض، ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما؛ كمد عجوة، ودرهم بمدين، أو بدرهمين أو بمد ودرهم.

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة منها:

١. حديث فضالة بن عبيد قال:" اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارا، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: لا تباع حتى تفصل".[٧] **وجه الدلالة** : مأخذ البطلان سد ذريعة الربا؛ لأنه قد يتخذ حيلة على الربا الصريح، كبيع مائة في كيس بمائتين جعلا للمائة الثانية في مقابلة الكيس، وقد لا

---

[1] . انظر " بتصرف " الباجي، المنتقى شرح الموطأ ٣/ ٤٠٣.
[2] . ابن رشد ، بداية المجتهد ٢/ ١٩٧.
[3] . ابن عبد البر، الاستذكار ٦/ ٣٦٧.
[4] . الباجي، المنتقى شرح الموطأ ٤٠٧/٣.
[5] . الماوردي، الحاوي في الفقه الشافعي ٥/ ١١٣
[6] . المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح ٥/ ٢٩، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٥/ ٢٧، ابن قدامة ، المغني ٤/ ١٦٨، منار السبيل ٣٣٢/١.
[7] . أخرجه مسلم في صحيحه رقم الحديث ١٥١٩، كتاب البيوع، باب: بيع القلادة فيها خرز وذهب ٣/ ١٢١٣.

يساوي درهما، أو أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفي القيمة قسط الثمن على قيمتهما فهو من باب التوزيع على الجعل، وهو يؤدي إما إلى يقين التفاضل أو إلى الجهل بالتساوي وكلاهما يبطل العقد في باب الربا.[١] وحسما لمادة الربا.[٢]

٢. لأن التقويم يعتمد التخمين، وهو حزر قد يخطأ والجهل بالمماثلة، كحقيقة المفاضلة.[٣]

٣. لأن الله تعبدنا بالمماثلة تحقيقا، إذا باع مدا ودرهما بمدين لم تتحقق المماثلة فيفسد العقد[٤].

رأي الحنابلة في رواية، والإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

ذهب الإمام أحمد في رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه.[٥] وقد اعتنى الحنابلة بالقصدية، والقلة والكثرة عند تبادل الأعيان الربوية، بوصف التابع قليلا غير مقصود، مراعاة لمصلحة العقد[٦].

كما ذهب الإمام ابن تيمية[٧] وتبعه تلميذه ابن القيم[٨] إلى التفريق بين ما يعقد عليه تبعا غير مقصود، وبين التواطئ والتحايل للوصول إلى الربا. فأباحوا الأول دون الأخير.

واستدلوا على رأيهم بما يلي:

١. أن الشارع قد جوز بيع الرطب بالتمر لشهوة الرطب، وأين هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذي تدعو الحاجة إلى بيعه وشرائه، فلم يبق إلا جواز بيعه كما تباع السلع فلو لم يجز بيعه بالدراهم فسدت مصالح الناس.[٩]

٢. أن الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع، لا من جنس الأثمان؛ ولهذا لم تجب فيها الزكاة، فلا يجري الربا بينها وبين الأثمان، كما لا يجري بين الأثمان وبين سائر السلع.[١٠]

٣. وإن كانت من غير جنسها فإن هذه بالصناعة قد خرجت عن مقصود الأثمان، وأعدت للتجارة، فلا محذور في بيعها بجنسها، ولا يدخلها إما أن تقضي، وإما أن تربي، إلا كما

---

[1] . البهوتي، الروض المربع ١/ ٢٢٧
[2] . ابن ضويان، منار السبيل ٣٣٢/١.
[3] . النووي، روضة الطالبين ٥٣/٣، فتاوى ابن حجر الهيثمى ٤٧٩/١.البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢٧/٥.
[4] . انظر الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز ٨/ ١٧٥.
[5] . ينظر المراجع السابقة .
[6] . ابن قدامة، المغني ٤/ ١٦٨.
[7] . ابن تيميه، مجموع الفتاوى ٢٩ / ٢٨-٢٩ .
[8] . ابن القيم، إعلام الموقعين ١٦٠/٢.
[9] . المرجع السابق .
[10] . المرجع السابق .

يدخل في سائر السلع إذا بيعت بالثمن المؤجل، ولا ريب أن هذا قد يقع فيها لكن لو سد على الناس ذلك، لسد عليهم باب الدين وتضرروا بذلك غاية الضرر.[1]

المناقشة والترجيح:

يفهم من رأي الإمام مالك والشافعية والحنابلة على الراجح أن المنع جاء فيما القصد منه النقد والمفاضلة حتى ولو جاء ضمنا أو تبعا؛ لذلك جاءت تسمية المسألة عندهم "بمد عجوة" أي انه أمكن فصل المادة الربوية، وأن التفاضل بين الأجناس الربوية حصل حقيقة؛ لذلك الظلم فيه محقق؛ والقول بالتبعية في المسألة جاء تحايلا لا معنى له. وهو ما فُهم من حديث فضالة الذي يعد من أقوى الأدلة لدى المانعين، فقد ظهر فيه وصف التابع المقصود الذي أمكن فصله، وهو ما رد عليه الحنفية بالقول: (وتأويل ذلك عندنا إذا كان يعلم أيهما أكثر وزنا، أو يعلم أن وزن الذهب الذي في القلادة أكثر، أو مثل المنفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد).[2] وقد رد الإمام ابن رشد على حجة المانعين بجهل المماثلة بالقول:(.. أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب، أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف)[3].

وبالمقابل ظهرت بيانات في مدونات المانعين تدل على جواز عدم تطبيق قواعد الربا والصرف فيما يعقد عليه تبعا غير مقصود، وهو ما لم ينطبق عليه وصف الربا؛ فقد أجاز الإمام مالك ما جاء تبعا غير مقصود في البيع والصرف (قول مالك: في بيع ذهب بفضة مع أحدهما، أو مع كل منهما سلعة فإن كانت سلعة يسيرة تكون تبعا جاز، وإن كثرت السلعة لم يجز، إلا أن يقل ما معها من ذهب أو فضة).[4] وقد ذكر ابن رشد في المسألة السابعة اختلاف البيع والصرف في مذهب مالك فقال:(إنه لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر، والآخر تبع لصاحبه، وسواء أكان الصرف في دينار واحد أو في دنانير، وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع، وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فإن كانا معا مقصودين لم يجز، وأجاز أشهب الصرف والبيع، وهو أجود؛ لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا إلى غرر).[5]

وقد سئل الإمام ابن حجر الهيثمى عمن باع شاة في ضرعها لبن بمثلها، أو بلبن، أو دجاجة فيها بيضة بمثلها، أو بيضة لم يصح بخلاف دار فيها بئر ماء بمثلها فما الفرق؟. فأجاب بقوله:(يفرق بأن الماء ليس مقصوداً مع الدار بوجه بل هو تابع لها، بخلاف اللبن والبيضة، فإنهما

---

[1] . ابن القيم، إعلام الموقعين ١٦٠/٢.
[2] . السرخسي، المبسوط ١٨/١٤.
[3] . ابن رشد ، بداية المجتهد ١٩٧/٢.
[4] . الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٦/ ١٢٧.
[5] . ابن رشد، بداية المجتهد ٢٠١/٢.

مقصودان مع الشاة والدجاجة فكانا من قاعدة مد عجوة؛ لأن من شروطها أن يكون كل مما اشتمل عليه العقد مقصوداً لا تابعاً)[1].

وقد ذكر ابن قدامة رواية أخرى عن الإمام أحمد تدل على أنه (يجوز بيع شيء فيه الربا بعضه ببعض، ومعهما، أو مع أحدهما من غير جنسه، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه).[2]

وما سبق عرضه يلاحظ وجود قدر متفق عليه بين المجيزين والمانعين؛ وهو التابع اليسير الذي لا تؤدي المفاضلة فيه إلى الربا، تخريجا على قواعد الشريعة في رفع الحرج، والمشقة عن الناس، وتحقيقا لمصالح المتعاقدين من معاملاتهم، ونظراً إلى المقاصد، ومآلات الأحكام الشرعية؛ لذلك يتسامح ويغتفر فلا تطبق قواعد الربا على التابع، أو ما يعقد عليه تبعا في المعاوضة المالية؛ إذا توفرت فيه الضوابط التالية، التي استخلصت من عبارات الفقهاء:

- أن لا يقصد أصالة في العقد. فلا بد من رعاية مقاصد المتعاقدين، لتأثيرها في الحكم الشرعي للعقد، بين المخارج الشرعية، وبين الحيل والمواطأة.
- أن يحقق مصلحة ظاهرة في العقد.
- أن يؤدي تحقيق شروط الربا في التابع، إلى الحرج والمشقة، بأن يتعذر التخلص من الجنس الربوي على وجه لا يمكن فصله وتمييزه. والله تعالى أعلم .

[1] . ابن حجر، فتاوى ابن حجر ١/ ٤٧٨.
[2] . انظر ابن قدامة، المغني ٤/ ١٦٨.

الفصل الثالث: التطبيقات المعاصرة لتوابع الأموال

تمهيد ...

أضحت صناعة الأوراق المالية الإسلامية، من أهم أدوات الاستثمار في عالم الاقتصاد الإسلامي، على نحو شهدت معه المؤسسات المالية تطوراً في صناعة الأوراق المالية هادفة إلى تحقيق أعلى العوائد الربحية، وضمان أقل المخاطر؛ مبتدئة بالأسهم في شركات المساهمة، مشغولة الآن بما يسمى ثورة الصكوك، متطلعة إلى خلق أدوات تمويل واستثمار، تحقق غاية وجودها، بصبغة إسلامية تخلو من محظورات تفقدها شرعيتها.

وهناك الكثير من المسائل والإشكالات الفقهية العالقة في ميدان الأوراق المالية؛ وفي الشركات المساهمة على نحو توجهت جهود الباحثين لتحقيقها، وعقدت المؤتمرات العلمية لحلها، ظهرت من خلالها قاعدة التبعية واحدة من الأصول الشرعية المصلحية، التي تقدم حلولاً وإجابات لإشكالات تداول الأوراق المالية في بعض مراحلها، والاستثمار في شركات مساهمة أصل نشاطها مباح لكنها تتعامل بالربا إقراضا واقتراضا.

والتصور الفقهي للإشكال العالق ينطلق من اختلاط الحرام بالحلال؛ وذلك في الربا الذي يشوب أموال الشركات المساهمة التي تتعامل به إقراضاً واقتراضاً، وعدم تطبيق قواعد الصرف، والدين عند غلبة النقود، والديون على موجودات الأوراق المالية عند تداولها بيعاً وشراءً، فبرزت قاعدة التبعية لتبحث اغتفار الحرام التابع للحلال المتبوع؛ فما حقيقة التبعية في الاستثمار المالي؟ وما ضابطها؟.

المبحث الأول: الاستثمار في أسهم الشركات المختلطة.

حظيت الشركات المساهمة بمكانة مرموقة في الاقتصاد الإسلامي؛ لما حققته من مقاصد مالية عليا؛ وذلك بتحريك الأموال، ودورانها بمختلف الأنشطة الاستثمارية، والإنتاجية من صناعة، وتجارة، وخدمات، وما قامت به من عبء توظيف رؤوس الأموال الضخمة المحصلة من الأسهم لإنشاء المشاريع الحيوية، والخدمية التي تلامس ضرورات المجتمع، وحاجاته هذا من جانب، ومن جانب أخر لبّت الشركات المساهمة تطلعات أصحاب الأموال، وكل من يرغب في استثمار ماله وتنميته عن طريق تحصيل الأرباح العائدة من الأسهم في الشركات.

والمساهمة في الشركات تنقسم إلى ثلاثة أقسام: الأولى: المساهمة في شركة جميع أنشطتها محرمة كمصانع الخمور، والبنوك الربوية، وهي محرمة غير جائزة، والثانية: المساهمة في

شركة جميع أنشطتها مباحة، وهذه مباحة يجوز استثمار الأموال فيها. وقد صدر للمجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم: ٦٣(٧/١):[١]

أ- بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض، وأنشطة مشروعة أمر جائز.

ب - لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم، كالتعامل بالربا، أو إنتاج المحرمات، أو المتاجرة بها.

أما القسم الثالث: المساهمة في شركات مختلطة؛ أصل نشاطها مباح مشروع لكن قد تودع بعض أموالها في البنوك الربوية وتأخذ عليها فوائد ربوية، أو تقترض منها بفائدة[٢]، وقد تكون نسبة قليلة من معاملاتها تتم من خلال عقود فاسدة كمعظم الشركات في الدول الإسلامية، والشركات في الدول غير الإسلامية مما يكون محلها أموراً مباحة كالزراعة، والصناعة والتجارة[٣]،وقد انتشرت هذه الشركات في جميع أنحاء العالم الإسلامي، على نحو زاد من صعوبة وجود شركات مساهمة نقية من الحرام، فكما لا يخفى أن الربا عم بلاؤه التعاملات المالية في المجتمعات المسلمة التي غيبت عنها السياسات المالية النقية من الحرام قصدا.

وبناء على ذلك؛ اختلفت أنظار العلماء المعاصرين في الاستثمار بأسهم الشركات المختلطة على قولين، هما:

القول الأول: عدم جواز المساهمة في أسهم الشركات المختلطة؛ سدا لباب الربا وذرائعه، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم ٦٣(٧/١).[٤] واللجنة الدائمة للبحوث العلمية، والإفتاء بالسعودية[٥]، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي[٦]، وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية كالهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي[٧]، وعدد من العلماء المعاصرين، منهم الشيخ ابن باز رحمه الله[٨]، والشيخ علي السالوس[٩]، والشيخ عبدالله بن بيه[١٠]، وغيرهم

ومن أبرز الأدلة التي اعتمد عليها أصحاب هذا القول،هي:

---

1 . مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ٧٣/١.

2 . الإيداع المصرفي في حقيقته قرض من أصحاب الأموال إلى هذه المصارف الربوية، مقابل الفوائد الربوية المغرية لأصحاب الأموال المودعين. الصاوي، محمد صلاح، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، ط١، دار المجتمع، جدة، دار الوفا، المنصورة، ١٩٩٠م.ص٤٤١

3 . القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٧١/٢.

4 ." الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة". مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس ١٢٧٣/٢، العدد السابع ٧٣/١، العدد التاسع ٥/٢.

5 . فتاوى اللجنة الدائمة ٤٠٨/١٣ رقم (٨٧١٥)

6 .أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي ص١٦-١٧.

7 . فتاوى الهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي ٦٧٧/٢.

8 . فتاوى اللجنة الدائمة ٤٠٧/١٣.

9 . السالوس، علي، أحكام أعمال البورصة في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس ١٣٤٣/٢

10 . ابن بيه، عبد الله، المشاركة في شركات أصل نشاطها مباح إلا أنها تتعامل بالحرام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع.

أولا: عموم الأدلة التي تدل على حرمة الربا.

١. قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[١]

٢. قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾.[2]

٣. روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال:(لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه. وقال: هم سواء).[٣] وجه الدلالة من الحديث: أن المساهم في شركة ترابي هو مراب، قليلا كان أم كثيرا، ولا يجوز للمسلم أن يستثمر في الربا ولو قل، ذلك أن الشركة مبناها على الوكالة فالمساهم، إما أن يقوم هو بنفسه في العمل، أو يوكل شريكه به، أو يقوم هو ببعضه، ويوكل شريكه الباقي، وعلى أي صورة حملت شركة المساهمة، فالمساهم مراب، أو موكل من يرابي راضيا بذلك، إذ لو لم يرض لما ساهم. والمساهم في أسهم الشركات المختلطة تعاونه معهم على الإثم، والعدوان واضح؛ لأنه أعانهم باستثمار ماله على أكل الحرام. ولذلك فإن الإثم يلحقه، فإن لم يكن آكل فهو موكله، فإن الذي لعن الأكل قد لعن الموكل بل وقال: وهم في الإثم سواء.[٤]

٤. حديث سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه (عندما سُئِلَ عَنْ بَيْعِ سُلْتٍ بِشَعِيرٍ، أَوْ شَيْءٍ مِنْ هَذَا فَقَالَ: سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ تَمْرٍ برُطَبٍ. فَقَالَ: تَنْقُصُ الرَّطْبَةُ إِذَا يَبِسَتْ قَالُواْ : نَعَمْ قَالَ: فَلَا إِذَنْ)[٥] دلالة الحديث تشير إلى أن النبي ﷺ حذّر من الربا، ولو كان مقدارهما عند الوزن واحداً، ولكن تحولها من رطب إلى يابس ينقصها عن وزنها؟ فكيف بمن أقروا المساهمة بشركات تتعامل بالربا الصريح، وجعلوا نسباً معينة لا تمنع المساهمة معهم.[6]

☒ **نوقشت الأدلة السابقة بما يلي:**

انه لا خلاف في حرمة الربا والفوائد الربوية، وأن هذا القول له قوته وهو أحوط للإنسان، ومن يقول بالتجويز لا يقول بإباحة الربا القليل، لكنهم اشترطوا على المستثمر أن يتخلص من كل ربح علمه محرما ربا أو غيره.[٧]

---

[1] . سورة البقرة: آية٢٧٥ .

[2] . سورة آل عمران: آية ١٣٠.

[3] . رواه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٥٩٨)، كتاب المساقاة، باب لعن الله آكل الربا وموكله ١٢١٨/٣.

[4] . ابن بيه، عبد الله،المشاركة في شركات أصل نشاطها مباح إلا أنها تتعامل بالحرام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع ،٤٢٠/١.

[5] . أخرجه أحمد في مسنده حديث رقم (١٥٥٢) ١٢٦/٣.

[6] . انظر التميمي، صالح بن مقبل، الأسهم المختلطة في ميزان الشريعة، ص٥٠.

[7] . حميش، في حكم تداول الأسهم المختلطة ص٥٦.

كما أن الربا جاء يسيراً تابعاً غير مقصود أساساً؛ وكما هو مقرر فقها يغتفر في التبعية مالا يغتفر في الاستقلال؛ فقد دلت القواعد الشرعية على أنه " **يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالا**"[١] و" **يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها**"[٢].

وتأسيساً على القواعد السابقة، فإن هذا النوع من الأسهم، وإن كان فيه نسبة بسيطة من الحرام لكنها جاءت تبعاً، وليست أصلاً مقصوداً بالتملك، والتصرف، فما دامت أغراض الشركة مباحة، وهي أنشئت لأجل مزاولة نشاطات مباحة، غير أنها قد تدفعها السيولة، أو نحوها إلى إيداع بعض أموالها في البنوك الربوية، أو الاقتراض منها، فهذا العمل بلا شك عمل محرم يؤثم فاعله(مجلس الإدارة) لكنه لا يجعل بقية الأموال، والتصرفات المباحة الأخرى محرمة، وهو أيضاً عمل تبعي، وليس هو الأصل الغالب الذي لأجله أنشئت الشركة.[3]

ثانيا: مبدأ درء المفسدة.

قاعدة: "**درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**"[٤]. فإذا تعارض مفسدة و مصلحة قدم دفع المفسدة غالبا؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات.[٥]

فلو كانت في هذه الشركات مصالح، وفيها مفسدة وجود نسبة من الربا، أو الحرام فإننا ندع هذه المصالح خوفا من وجود هذه المفاسد، وهذا يؤكد عدم صحة هذه الشركات.[6]

☒ **نوقش الاستدلال بالقاعدة:**

أن الشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم، إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم.[٧] ذلك أن حاجة الناس إلى أسهم الشركات في عالمنا الإسلامي ملحة، فالأفراد كلهم لا يستغنون عن استثمار مدخراتهم، والدول كذلك بحاجة إلى توجيه ثروات شعوبها إلى استثمارات طويلة الأجل بما يعود بالخير على الجميع، ولو امتنع المسلمون من شراء أسهم تلك الشركات لأدى ذلك إلى أحد أمرين:

أحدهما: توقف هذه المشروعات التي هي حيوية في العالم الإسلامي.

ثانيهما: غلبة غير المسلمين على هذه الشركات، وعلى إدارتها، أو على الأقل غلبة الفسقة، والفجرة عليها.[٨]

---

[1] . السيوطي ، الأشباه والنظائر ص٢٢٨.
[2] . الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٢٢٨.
[3] . القرة داغي، الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، ٨٣/٢.
[4] . السيوطي، الأشباه والنظائر ١٧٦/١.العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٨٣/١.
[5] . السيوطي، الأشباه والنظائر ١٧٦/١.
[6] . انظر حميش، عبد لحق، في حكم تداول الأسهم المختلطة، بحث مقدم لمؤتمر الأسواق المالية والبورصات، المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ٤٣.
[7] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٤٩/٢٩.
[8] . القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٨٣/٢

ثالثا: مبدأ شيوع الحرام وانتشاره.

استدلالاً بقاعدة:"**إذا اجتمع الحلال، والحرام غلب الحرام**"[١]. فإذا تعارض دليلان: أحدهما يقتضي التحريم، والأخر الإباحة قدم التحريم في الأصح.[٢]

وذلك أن الربا يخلط بمال الشركة فينتشر الحرام؛ لأن المعاملات الربوية هي معاملات فاسدة، وبالتالي فإن المال مرهون بمعاملات فاسدة ينتشر فيها الحرام[٣].

☒ مناقشة الاستدلال:

يستدل بهذه القاعدة في حال اجتماع الحرام بالحلال؛ اجتماع اندماجي، أي لا يمكن تمييزه وفصله عن الحلال، أما الفوائد الربوية في الشركات المساهمة، وإن اختلط الربا في مال الشركة إلا انه يمكن فصل نسبة الحرام(=الربا) عن الربح الحلال الخالص، وصرفها في مصرفها الشرعي.

ورد الدكتور سامي سويلم على هذا الاستدلال بقوله: ((فهذا على فرض ثبوته يختص بما إذا استوى الحلال، والحرام، أو اشتبها بحيث لم يتميز الأغلب منهما. ويدل لذلك ما ورد عن عائشة وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والزهري، رضي الله عنهم جميعاً أنهم قالوا: "**لا يحرمُ الحرامُ الحلال**"[٤]. ومعنى ذلك أن حكم الحرام لا يتعدى للحلال، بل يبقى الحلال حلالاً. وهذا فيما إذا كان الحلال أقوى وأظهر من الحرام، أما إذا استويا، أو اشتبها، فيغلب التحريم لتحقق الشبهة، وبهذا يتم الجمع بين الأقوال. ويؤيد ذلك اتفاق الفقهاء أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم الأرجح منهما. ولا يعارض ذلك قاعدة "**درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**"؛ لأن هذه القاعدة محلها إذا استوت المصلحة، والمفسدة، فيقدم درء المفسدة. فتقديم درء المفاسد نظير تغليب حكم الحرام، وهذا إنما يكون إذا استوت المصلحة، والمفسدة، واستوى الحرام، والحلال، فيغلب حكم الحرام، ويقدم درء المفسدة. أما إذا ترجحت المصلحة، أو كان الحلال هو الأغلب، والأظهر، فالحكم للأغلب، فلا تعارض بين الأمرين)).[٥]

كما أن العقد ورد على ما هو حلال، وأن جانب المحرم ملغي، ولذلك يتخلص كل ما يقابله من الحرام، فهو من باب تفريق الصفقة، وإن الخلط هنا بين الحرام، والحلال لا يؤدي إلى

[1] . الزركشي، المنثور في القواعد ١٢٥/١، السيوطي، الأشباه والنظائر ٢٠٩/١
[2] . السيوطي، الأشباه والنظائر ٢٠٩/١
[3] . ابن بيه، عبد الله،المشاركة في شركات أصل نشاطها مباح إلا أنها تتعامل بالحرام، العدد السابع ،٤١٨/١.
[4] ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٥٦/٩،١٥٧
[5] . انظر فتوى الدكتور سامي سويلم على (اعتبار الثلث الحد الفاصل بين الحلال والحرام) تاريخ٢٠/٦/١٤٢٦هـ. http://almoslim.net/node/57497.

تعذر، أو تعسر التمييز إذ أن التقنيات الحديثة جعلت من الميسور معرفة نسبة الحرام بالضبط والتمام بعيدا عن التخمين والاحتمال.[١]

رابعا: تحريم المقاصد، وتحريم الوسائل.

فالإسهام في شركات تتعامل بالربا؛ يؤدي إلى ممارسة الربا في شكل بيوع فاسدة، وتعاطي البيع الفاسد في حد ذاته محرم مهما كانت نية المتعاطي في جبره، كما أنها ممنوعة منع الوسائل والمآلات؛ لأنها تعاون على الإثم[٢]، قال تعالى:﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾[٣]

☒ **نوقش الاستدلال:**

أننا –نحن المسلمين اليوم– لا نعيش عصراً يطبق فيه المنهج الإسلامي بكامله، فيسوده نظام الإسلام السياسي، والاقتصادي، والاجتماعي والتربوي، وإنما نعيش في عصر يسوده النظام الرأسمالي، والاشتراكي، وحينئذ لا يمكن أن نحقق ما نصبو إليه فجأة من أن تسير المعاملات بين المسلمين على العزائم دون الرخص، وعلى المجمع عليه دون المختلف فيه، وعلى الحلال الطيب الخالص دون وجود الشبهة، فعصرنا يقتضي البحث عن الحلول النافعة حتى، ولو قامت على رأي فقيه واحد معتبر ما دام رأيه يحقق المصلحة للمسلمين، بل لا ينبغي اشتراط أن نجد رأياً سابقاً، وإنما علينا أن نبحث في إطار المبادئ، والأصول العامة التي تحقق الخير للأمة، ولا يتعارض مع نص شرعي ثابت. علينا أن نبحث عن تحقيق نظام اقتصادي، علينا أن نبحث بجد عن حماية أموال المسلمين، وإبقاء اقتصادهم بأيديهم دون سيطرة غيرهم عليه.[٤]

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى جواز الاستثمار في أسهم الشركات المختلطة بضوابط؛ مع وجوب التخلص من الكسب الحرام، وذلك نظرا إلى قواعد الترخصات الشرعية تحقيقا للمصلحة العامة، وهو ما ذهبت إليه الهيئة الشرعية لشركة الراجحي[٥]، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية[٦] والهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني[٧]، وندوة البركة السادسة[٨]، وهو قول عدد من العلماء المعاصرين؛ منهم: الشيخ مصطفى الزرقا رحمه

---

[1] . حميش، في حكم تداول الأسهم المختلطة ص٥٦.

[2] . ابن بيه، عبد الله، المشاركة في شركات أصل نشاطها مباح إلا أنها تتعامل بالحرام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع ،٤٢٠/١. أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي ص١٧-١٩.

[3] . سورة المائدة: آية: ٢

[4] . القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٧٣/٢-٧٤.

[5] . قرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية رقم ٣١٠،وقرار رقم ٤٨٥ في الدورة الثالثة من السنة الثانية ١٤٢٢هـ.

[6] . المعيار الشرعي رقم (٢١) الخاص بأحكام التعامل في الأوراق المالية (الأسهم، السندات)،

[٧]. الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني فتوى رقم (١).

[8] . الفتاوى الاقتصادية ص ١٩. ١٩٨٩م.

الله[1]، والدكتور عبدالله بن منيع[2]، والدكتور علي القرة داغي[3]، والدكتور قطب سانو[4] وغيرهم ...

الضوابط العامة للمساهمة بالشركات المختلطة[5]:

أولاً: أن مجلس الإدارة، والمدير المسؤول لا يجوز لهم قطعاً مزاولة أي نشاط محرم، فلا يجوز لهم الإقراض، أو الاقتراض بفائدة، ولو فعلوا ذلك لدخلوا في الحرب التي أعلنها الله تعالى عليهم ﴿ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾[6] ولا سيما بعد ما يسر الله للمسلمين وجود بنوك إسلامية في أغلب الأماكن، أو قيامها باستثمار جميع أموالها في خيارات إسلامية كثيرة.

ثانياً: أما مشاركة المسلمين في هذه الشركات السابقة، وشراء أسهمها، والتصرف فيها فجائزة ما دام غالب أموالها وتصرفاتها حلالاً، وإن كان الأحوط الابتعاد عنها.

ولكن ينبغي على من يشترك مراعاة ما يلي:

١. أن يقصد بشراء أسهم هذه الشركات تغييرها نحو الحلال المحض من خلال صوته في الجمعية العمومية، أو مجلس الإدارة.

٢. أن يبذل جهده، وماله لتوفير المال الحلال الطيب المحض ما أمكنه إلى ذلك سبيلاً، ولا يتجه نحو ما فيه شبهة إلا عند الحاجة الملحة، ومصلحة المسلمين، واقتصادهم من المشاركة في التنمية والاستثمار، والنهوض باقتصادهم من خلال الشركات الكبرى.

٣. أن صاحب هذه الأسهم عليه أن يراعي نسبة الفائدة التي أخذتها الشركة على الأموال المودعة لدى البنوك، ويظهر ذلك من خلال ميزانية الشركة، أو السؤال عن مسؤولي الحسابات فيها، وإذا لم يمكنه ذلك اجتهد في تقديرها، ثم يصرف هذا القدر في الجهات العامة الخيرية.

---

[1] . انظر شبير،محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة ط٤،دار النفائس،الأردن،٢٠٠١م.ص ٢٠٩-٢١٠.

[2]. بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص٢٢٧.

[3] . القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٨٥/٢.

[4] . سانو، قطب مصطفى، مراجعة ندوات البركة (٦/٥) (٨/٧)، ندوة البركة التاسعة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، جدة هيلتون ٦-٧ رمضان ١٤٢٩هـ (حسب تقويم أم القرى) الموافق ٦-٧ سبتمبر ٢٠٠٨م، ص٢٧.

[5] . القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٨٥/٢.يراجع ابن منيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص٢٤٠-٢٤٦

[6] . سورة البقرة:آية ٢٧٩.

٤. لا يجوز للمسلم أن يؤسس شركة تنص في نظامها الأساسي على أنها تتعامل بالربا إقراضاً واقتراضاً، ولا يجوز كذلك التعاون في تأسيسها ما دامت كذلك؛ لأنه تعاون على الإثم والعدوان، إلا لمن يقدر على تغييرها إلى الحلال.

ثالثاً: أن الحكم بإباحة تداول هذه الأسهم – مع هذه الضوابط – خاص بما إذا كانت الأسهم عادية، أو ممتازة لكن ليس امتيازها على أساس المال.

رابعاً: ألا يكون النشاط الأساسي للشركة محرما.

خامساً: ألا تتجاوز نسبة الحرام في رأس المال والأرباح عن مقدار محدد، على التفصيل التالي[1]:

١. ألا تتجاوز نسبة الدخل المحرم في الشركة ٥% من إجمالي أرباح الشركة، فإن تجاوزتها فتحرم المساهمة أيا كان نوع الشركة.

٢. ألا يتجاوز إجمالي المبلغ المقترض بالربا سواء أكان قرضا طويل الأجل، أم قصير الأجل (٢٥%) من إجمالي موجودات الشركة؛ علما بأن الاقتراض بالربا حرام مهما كان مبلغه.

أما أهم الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا القول:

الدليل الأول: مبدأ الأصل العام في المعاملات الإباحة.

وقد بين الدكتور قطب سانو بأنه لا محظور في مشروعية شراء تلك الأسهم ما لم يكن الربا هو الغالب على تعاملات تلك الشركات، وهذه المشروعية تستند إلى الأصل العام الثابت للأشياء، وهو الإباحة حتى يرد دليل حاظر. وإذ لا دليل، فإنه يجب استصحاب الدليل العام، وبقاء ما كان على ما كان[2].

نوقش الاستدلال: بعموم الأدلة من الكتاب الكريم، والسنة المطهرة التي تقضي تحريم الربا قليله وكثيره.

---

[1]. وقد اختلف العلماء المبيحين اختلاف طفيف في تحديد النسب المذكورة في الضوابط (٢) (٣)، وقد قامت بعض الشركات بتحديث برامج حاسوبية تنتقي من الأدوات المالية ما يتفق مع تلك الضوابط، مثل برامج الاستثمار لدى مؤسسة "Azzad" للاستثمار في أمريكا، و داو جونز الإسلامي.انظر يوسف الشبيلي، الاستثمار في الأسهم والسندات.الموقع الرسمي للدكتور الشبيلي على صفحة الانترنت www.shubily.com. عبدالله العمراني، الاستثمار في أسهم الشركات المختلطة ص١٢.ولمزيد من التفصيل في النسب المذكورة راجع بحث الدعيجي، خالد بن إبراهيم،قراءة شرعية في قوائم شركة ينساب المالية. ١٤٢٦/١١/١١هـ. aldoijy@awalnet.net.sa

ومن النسب التي اعتمدها المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار الشرعي رقم (٢١) الخاص بأحكام التعامل فى الأوراق المالية(الأسهم، السندات):

١. ألا يبلغ إجمالي المبلغ المقترض بالربا ٣٠% من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة علما بأن الاقتراض بالربا حرام مهما كان مبلغه.

٢. ألا يتجاوز مقدار الإيراد الناتج من عنصر محرم نسبة ٥% من إجمالي إيرادات الشركة، سواء كان هذا الإيراد ناتج عن ممارسة نشاط محرم، أو عن تملك لمحرم، ويجب التخلص مما يخص السهم من الإيراد المحرم.

[2]. قطب سانو، مراجعة ندوات البركة (٦/٥) (٨/٧)، ص٢٧

الدليل الثاني: مبدأ رفع الحرج ودفع المشقة.

قال تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[1] **وجه الدلالة من الآية الكريمة:** أن الشريعة الإسلامية مبناها على رفع الحرج، والمشقة، وتحقيق اليسر والمصالح للأمة، وهو مقصد من مقاصد الشريعة؛ لأجل ذلك أبيحت المحظورات للضرورة. **قال تعالى:** ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[2].[3]

☒ **نوقش الاستدلال:**

أن من أهم الشروط الشرعية اللازمة لعمل المصالح، عدم معارضتها للنصوص والأصول الشرعية، كما أن تقدير المصالح هو محل اضطراب في الرؤى والآراء، فما يراه البعض مصلحة عامة لا يراه الغير كذلك، فأين المصلحة في أصل التعامل بأسهم الشركات بيعا وشراء على النحو الذي نراه اليوم في الأسواق! وهل عاد التعامل على الكثير من ممارسيه إلا بالنكبات، والخسائر الفادحة على نحو لا يختلف عن الذي يجري في صالات القمار، وذلك بسبب تفلت هذه الأسواق من الضوابط، والإجراءات الحمائية .[4]

الدليل الثالث: مبدأ الحاجة العامة.

وذلك استدلالا بعدد من القواعد الفقهية:

القاعدة الأولى: "الشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم، إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم".[5]

وذلك أن الحاجة إلى الدخول في هذه الشركات بنية إصلاح أوضاعها تدعوا إلى احتمال المفسدة المذكورة مع تقليلها بالتخلص من الكسب المحرم قدر الإمكان، والقول بمقاطعتها يلزم منه تفرد المفسدين من هذه الشركات، وزيادة فسادهم فساداً، وهذه حاجة شرعية دينية داخلة في الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.[6]

القاعدة الثانية: " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة".[7]

---

[1] . سورة الحج: آية:٧٨

[2] . سورة البقرة: آية ١٧٣

[3] . انظر القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٧٢/٢. عبدالله ابن منيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص٢٣١.

[4] . أبو زيد، عبد العظيم، قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالا وحراما، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، ٣١/مايو /٢٠٠٩م.ص١٧

[5] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩/٤٩.

[6] . انظر القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٧٧/٢.

[7] . السيوطي، الأشباه والنظائر ١٧٩/١.

وقد استدل الشيخ عبدالله بن منيع بالقاعدة: "أن القول بمنع بيع الأسهم أو شرائها؛ يؤدي إلى إيقاع أفراد المجتمع بالحرج والضيق، حينما يجدون أنفسهم عاجزين عن استثمار ما بأيديهم من مدخرات، كما أن الدولة قد تكون في وضع ملجئ إلى التقدم للبنوك الربوية لتمويل مشروعاتها العامة، حينما تحجب عنها ثروة شعبية يكون مصيرها بعد الحجب والحرمان الجمود".[1]

☒ نوقش الاستدلال:

بأن الحاجة معتبرة شرعاً، وتنزل منزلة الضرورة في تسويغ ارتكاب المحرم إن كانت عامة، وليس الاستثمار في أسهم الشركات، أو في الصفقات المنطوية على بعض الأنشطة المحرمة من قبيل الحاجة العامة، بل إن كان ثمة حاجة إليها فهي خاصة ببعض المؤسسات المالية، وبعض الأفراد، فلا تكون على هذا من الحاجات المعتبرة شرعاً في اغتفار المحرم.

وعلى فرض تحقق الحاجة العامة، فإنها تنتفي مع وجود البديل الشرعي، والبديل الإسلامي في مسألتنا وهو الشركات التي لا تشتمل أنشطتها على محرمات، وهو بديل قائم وإن لم يكن له ذلك الحجم الكبير، وقد سهّل قيامه انطلاق المصارف الإسلامية، وهذا البديل يحتاج إلى الدعم والتشجيع، والفتاوى التي تجيز التعامل بأسهم الشركات غير الملتزمة كلياً كفيل أن يشلّ نمو هذا البديل الإسلامي.[2]

الدليل الرابع: مبدأ الغلبة، والكثرة.

يشير مبدأ الغلبة إلى أن اختلاط جزء محرم لا يجعل مجموع المال محرماً عند الكثيرين، حيث أجازوا في المال الحلال المختلط بقليل من الحرام التصرفات الشرعية من التملك، والأكل، والبيع، والشراء ونحوها، غير أن الفقهاء فرقوا بين ما هو محرم لذاته، وما هو محرم لغيره، وهذا الأخير هو ما ينطبق على أسهم شابتها بعض تصرفات محرمة كإيداع بعض نقودها في البنوك الربوية.[٣]

وفي ذلك يقول الإمام ابن تيمية:(إن الحرام نوعان: حرام لوصفه كالميتة، والدم، ولحم الخنزير، فهذا إذا اختلط بالماء والمائع وغيره من الأطعمة، وغير طعمه، أو لونه، أو ريحه حرم، وإن لم يغيره ففيه نزاع...

والثاني: الحرام لكسبه: كالمأخوذ غصباً، أو بعقد فاسد فهذا إذا اختلط بالحلال لم يحرمه، فلو غصب الرجل دراهم، أو دنانير أو دقيقاً، أو حنطة، أو خبزاً، وخلط ذلك بماله لم يحرم الجميع

[1] . انظر عبدالله ابن منيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص٢٣٢، وانظر أيضا القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٨٣/٢.

[2] . أبو زيد، قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالا وحراما.ص١٦

[3] .انظر القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٧٥/٢.

لا على هذا ولا على هذا بل إن كانا متماثلين أمكن أن يقسموه، ويأخذ هذا قدر حقه، وهذا قدر حقه)[1].

كما اعتمد أصحاب هذا القول على النصوص الفقهية التي تقضي بأن الحكم للكثير الغالب؛ فإذا اختلط الحرام اليسير، بالحلال الكثير الغالب، فإن الحكم يتوجه نحو الإباحة. مثال ذلك: ما ذكره الإمام ابن تيمية عندما سئل حول التعامل مع من كان غالب أموالهم حراماً مثل المكاسين وأكلة الربا؟ فأجاب: (إذا كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة، وإن كان الحرام هو الأغلب، قيل بحل المعاملة، وقيل: بل هي محرمة، فأما المعاملة بالربا فالغالب على ماله الحلال إلا أن يعرف الكره من وجه آخر. وذلك أنه إذا باع ألفاً بألف، ومائتين فالزيادة هي المحرمة فقط، وإذا كان في ماله حلال وحرام، واختلط لم يحرم الحلال، بل له أن يأخذ قدر الحلال، كما لو كان المال لشريكين فاختلط مال أحدهما بمال الآخر، فإنه يقسم بين الشريكين، وكذلك من اختلط بماله الحلال، والحرام أخرج قدر الحرام، والباقي حلال له).[2]

وعلى ضوء هذا المبدأ نرى كثيرا من أهل العلم أجازوا التعامل مع من كان في ماله حرام، ولكن غالبه حلال، ومن هنا يمكن القول بإباحة التعامل في هذا النوع من الأسهم، ولكن يخرج صاحبها بقدر نسبة الحرام فيها إلى الجهات الخيرية العامة.[3]

☒ **نوقش الاستدلال على شقين هما[4]:**

الشق الأول: تطبيق الحكم بالحل على المختلط حلالاً وحراماً هو عند اختلاطهما عرضا على نحو يتعذر تعيين، وتمييز الحرام، وذلك كما في اختلاط لحم حيوان مأكول غير مذبوح على الطريقة الشرعية بلحوم أخرى مذكاة، أما في موضوعنا، فالنشاط الحرام معلوم، ومميز، ومقصود بالخلط.

الشق الثاني: عبارة ابن تيمية:" فإن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة" فمراد بها اغتفار التعامل الحلال مع من اختلط ماله بالحرام، فلا تحرم أموالهم التي نأخذها بعقد حلال معهم كبيع، وشراء معهم إذا علمنا أموالهم مختلطة، وتعذر تعيين الحرام، وليس تفهم هذه العبارة جواز أن نكون طرفا في صفقاتهم التي دخلها الحرام، أو نستثمر في صفقاتهم.

ولا شك أن الحرام في الأنشطة الاستثمارية هو الحرام المعلوم المتميز، الذي يقحم في الحلال قصداً، ولو كانت هذه القواعد تفهم بإطلاقها، لساغ للمكلف أن يتوجه إلى خلط الحرام بالحلال قصدا بغية تسويغه، فيخلط الخمر بالطعام، ويخلط الربا بالبيع، فيصيران حلالاً.

---

[1] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢٠/٢٩.
[2] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٧٢/٢٩-٢٧٣
[3]. القره داغي، حكم الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع،٨٣/٢. وسيأتي مزيد تفصيل في المسألة.
[4] . أبو زيد، قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالا وحراما. ص١١-١٢.

الدليل الخامس: مبدأ التبعية.

يشير هذا المبدأ إلى أنه:" **يجوز تبعا ما لا يجوز استقلالا**"[١] و" **يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها**"[٢].

وأصل مبدأ التبعية كما مر سابقا قول النبي ﷺ :((**من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا، وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع**)).[٣]

دلّ الحديث على جواز بيع العبد مع ماله من مال؛ فيبيعه سيده ومعه ماله بثمن نقدي، وهذا الثمن هو ثمن العبد وماله، فهذا المال للعبد يعتبر تبعاً للعبد الذي يجوز بيعه استقلالا، ولا يجوز بيع ماله استقلالا الإ بشروط الصرف، وتبعيته للعبد جاز بيعه بغض النظر عن توفر شروط الصرف في هذا المال، كما في جواز بيع الثمر قبل تأبيره، إذ يغتفر في التبعية مالا يغتفر في الاستقلال، وبذلك يمكن اعتبار بيع سهم في شركة تجاوز مجلس إدارتها صلاحيته الشرعية فتأخذ الربا من البنوك الربوية، أو تعطيه حيث يعتبر ذلك يسيراً، ومغموساً في حجم الشركة ذات الأغراض المباحة، وما طرأ عليها من تجاوز إداري آثم في الأخذ من البنوك الربوية بفائدة، أو إعطائها بفائدة يعتبر يسيراً، وهو في حجم السهم المباح تبعاً، ويغتفر في التبعية مالا يغتفر في الاستقلال.[٤]

وتأسيسا على هذا الكلام، قيل إن هذا النوع من الأسهم، وإن كان فيه نسبة بسيطة من الحرام لكنها جاءت تبعاً، وليست أصلاً مقصوداً بالتملك، والتصرف، فما دامت أغراض الشركة مباحة، وهي أنشئت لأجل مزاولة نشاطات مباحة، غير أنها قد تدفعها السيولة، أو نحوها إلى إيداع بعض أموالها في البنوك الربوية، أو الاقتراض منها، فهذا العمل بلا شك عمل محرم يؤثم فاعله(مجلس الإدارة) لكنه لا يجعل بقية الأموال، والتصرفات المباحة الأخرى محرمة، وهو أيضاً عمل تبعي، وليس هو الأصل الغالب الذي لأجله أنشئت الشركة.[5]

☒ **نوقش الاستدلال على أوجه:**

- **الوجه الأول:** أن هذه القاعدة وردت في مسائل منصوص على حرمتها استقلالا وجوازها تبعا، فلا يصح الاحتجاج بها لحل الفائدة الربوية؛ لأنها محرمة مطلقا، سواء كانت تبعا أم أصلا مقصودا. إذ أصل الفائدة إذا اعتبرناها تابعة لا يرد عليها

---

[1] . السيوطي، الأشباه والنظائر ص٢٢٨.
[2] . الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٢٢٨.
[3] . سبق تخريج الحديث ص
[4] . انظر عبدالله ابن منيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص٢٢٧.
[5] . القرة داغي، الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع ،٨٣/٢.

حل التصرف، فالإقراض الذي تبعه الربا ونتج عنه: محرم لذاته، فكيف يحل تابعه.[١]

- وهو مقيد بكون التابع ليس محرما لذاته، وإنما حرم لاعتبار آخر، كالغرر، في مثال الجنين الذي يذكره الفقهاء عند ذكرهم لهذه القاعدة ؛ فالجنين لم يجز بيعه استقلالا للغرر وجاز تبعا لأمه لعدم إمكان بيعها بدونه .

فهذه القاعدة يجب أن تفهم على ضوء تطبيقاتها التي ذكرها الفقهاء. أما ما حرمه الشارع لذاته، كالربا والخمور، فهذه لا يجوز بيعها أو التعاوض عنه تبعا لا استقلالا، فلا يجوز مثلا شراء دكان بموجوداته المشتملة على الخمور، لتحقق شراء الخمور ضمنا.[٢]

- **الوجه الثاني:** لا نسلم أن الربا هنا تابع للنشاط، بل هو عمل مستقل ومنفرد، بينما المراد بالتابع في القاعدة (ما لا يوجد مستقلا بنفسه، بل وجوده تابع لوجود غيره) فهذا لا ينفك حكمه عن حكم متبوعه، والربا لا يتعلق بالنشاط ، فليس جزء منه ولا هو من شروطه.[٣]
- **الوجه الثالث:**هذه القاعدة معارضة بأدلة وقواعد أقوى منها، وهذا يسقط الاستدلال بها ومن ذلك[٤]:

١. حديث القلادة التي بيعت بخيبر، فإن النبي ﷺ لم يتساهل في التابع الذي مع الربوي، وهذا يدل على أن الربا لا يغتفر أبدا، سواء كان مقصودا أم غير مقصود .

٢. قاعدة: " إذا اجتمع الحلال، والحرام غلب الحرام ".

- <u>**مناقشة الاعتراضات على أوجه كما تقدم:**</u>

الوجه الأول : يلاحظ من مناقشات الباحثين الذين يرون حرمة المساهمة في الشركات المختلطة، القول بأنه لا يباح قليل الربا ولا كثيره ؟! وهذا الحكم متفق عليه من قبل الجميع، حتى الذين يجيزون المساهمة في الشركات المختلطة بضوابط، وإنما وجه الجواز اغتفار المساهمة في هذه العملية الاستثمارية، نظراً إلى الأصالة في توجيه

---

[1] . عبد الله العمراني، الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة ص ٢٥، نقلا عن المرزوقي، حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفائدة ص١١٨.

[2] . عبد العظيم أبو زيد، قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالا وحراما، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، ٣١/مايو /٢٠٠٩م.ص١٥

[3] . احمد الغامدي، حكم المساهمة في الشركات المختلطة ص٩.

[4] . عبد الله العمراني، الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة ، ط١، دار كنوز اشبيليا ، الرياض، السعودية، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م ص ٢٥، ٢٦.

الأحكام الشرعية، والتسامح في العقد على ما شاب تابعه الحرام؛ وهو القليل غير المقصود؛ وإلا فإن وصف الحرام لازم لقاعدة الربا المعروفة، لذلك جُعل من أهم ضوابط إجازة المساهمة في الشركات المختلطة ما يسمى " تطهير الأسهم " أو تنقيتها مما شابها من الربا بجعلها في مصرفها الشرعي، إذن الحكم بجواز المساهمة في الشركات المختلطة لا تبيح الربا، وإن قل، وإنما تغتفره مع وجوب التخلص منه!

وإن سلمنا باستقلال الفوائد الربوية عن نشاط الشركة؛ الإ أن هذه الفوائد ليست مقصودة للمساهمين لا قصدا اصلياً ولا قصداً تبعياً؛ لأن الحرام مهدر لا قيمة له، وغير مقصود لمن يتحرى الحلال الطيب من المساهمين؛ فمآل الفوائد إلى المصرف الشرعي لمستحقيها من الفقراء والمساكين.

الوجه الثاني: هذه القاعدة ليست على اطرادها؛ لأن وصف التابع متحقق فيما كان مستقلا بنفسه، وتابع لأصله بوجه ما، وهو ما ظهر في حديث التبعية عن النبي ﷺ **((من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا، وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)).**[١]

يلاحظ من الحديث أن مال العبد، والثمرة المؤبرة، قد دخلا ضمن عقد البيع رغم استقلال مال العبد عنه بوجه ما، كذلك في الثمرة المؤبرة حيث بدا فيها أولى بوادر الاستقلال عن أصلها بوصف التأبير، هذا من جانب، ومن جانب أخر: اغتفر عدم تطبيق قواعد الربا، والدَين على مال العبد لتبعيته، واغتفر الغرر والجهالة " قبل بدو الصلاح " في الثمرة المؤبرة كما سبق البحث في مبحث الاغتفار.

أما أن الربا في الشركات المساهمة عمل مستقل فلا يعد تابعا. ففيه نظر!

وذلك أن الأصالة في الحكم تتجه نحو المشروع الأساس المقصود من عمل الشركة المساهمة، سواء أكان هذا المشروع تجارياً، أو صناعياً، أو زراعياً، أو خدمياً، وإن نصت الشركة في نظامها الأساس على التعامل بالربا، فهذا من أعمال الشركة التبعية؛ لأن عملها الأصيل يتجه نحو المشروع المقصود أساساً لدى مجلس الإدارة، والمساهمين على السواء لتحصيل الربح الحاصل من النشاط المشروع المباح الذي تقوم به الشركة ويدر عليها ربحا.

---

[1] . سبق تخريج حاشية، ص ٢٣

وبذلك يتبين أن الإقراض، والاقتراض من البنوك الربوية عمل تبعي غير مقصود أصالة، وأن الفوائد الربوية التي اكتسبتها الشركة من تعاملاتها الربوية جاءت تابعة للربح المقصود أصالة من النشاط المشروع للشركة.

الوجه الثالث:

١. قابل حديث القلادة، حديث مال العبد [١]، والجمع بين الحديثين؛ أن الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري، بخلاف المال الذي مع العبد، ويؤخذ من الحديثين أن العبرة بالقصد لا بقيمة المال الربوي، فإن كان المال الربوي مقصوداً، فوجوده في الصفقة مؤثر، وإن كان تابعاً لا يؤثر. وهذا التفصيل يتماشى مع القواعد الشرعية: "العبرة في العقود بالمقاصد" و "التابع تابع" وغيرها [٢].

٢. اختلفت أنظار الفقهاء في معاملة من اختلط الحرام بالحلال في ماله، على أربعة أقوال [٣]:

القول الأول: ذهب الحنفية [٤] وابن القاسم من المالكية [٥] والحنابلة في قول [٦] والإمام ابن تيمية [٧] إلى جواز معاملة حائز المال الحرام المختلط بالمال الحلال إذا غلب الحلال الحرام، ويحرم إذا غلب الحرام الحلال.

القول الثاني: ذهب الشافعية [٨]،وهو أحد الأقوال في مذهب الحنابلة. [٩] إلى كراهة معاملة من كان في ماله حلال وحرام مختلط .

---

[1] . حديث فضالة بن عبيد قال : " اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: لا تباع حتى تفصل" .
حديث ابن عمر: " من ابتاع عبدا وله مال فماله للبائع الإ أن يشترطه المبتاع ". وقد سبق بيانهما في مبحث اغتفار الربا.

[2] . انظر يوسف الشبيلي، في تعقيبه على بحث عبد الرحمن الأطرم " تمويل البنوك للاكتتاب في الشركات المساهمة المقدم للجمعية الفقهية السعودية ،١٠/١١/١٤٢٥هـ، الموقع الرسمي للدكتور الشبيلي على الانترنت. www.shubily.com.

[3] . انظر تفصيل المسألة :عباس الباز، المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف به ص٢٤٠-٢٥٧.

[4] . ابن مفلح، الفروع ٧ /٨١، ابن قدامة، المغني ٢٩٥/٤

[5] . الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر ٦٠/٣، القرافي، الذخيرة ٣١٧/١٣.

[6] . ابن مفلح ، الفروع ٧ / ٨١.

[7] . ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢٠/٢٩.
وقد سئل الإمام ابن تيمية:عن الذين غالب أموالهم حرام، مثل المكاسين، وأكلة الربا وأشباههم، ومثل أصحاب الحرف المحرمة كمصوري الصور، والمنجمين، مثل أعوان الولاة، فهل يحل أخذ طعامهم بالمعاملة؟ أم لا؟
فأجاب: "الحمد لله. إذا كان في أموالهم حلال وحرام، ففي معاملتهم شبه، لا يحكم بالتحريم ألا إذا عرف أنه يعطيه ما يحرم إعطاؤه، ولا يحكم بالتحليل إلا إذا عرف أنه إعطاءه من الحلال، فإن كان الحلال هو الأغلب: لم يحكم بتحريم المعاملة، وإن كان الحرام هو الأغلب، قيل بحل المعاملة، وقيل: بل هي محرمة. فأما المعامل بالربا فالغالب على ماله الحلال، إلا أن يعرف الكثرة من وجه آخر، وذلك أنه إذا باع ألفاً بألف ومائتين فالزيادة هي المحرم فقط.
وإذا كان في ماله حلال وحرام واختلط: لم يحرم الحلال، بل له أن يأخذ قدر الحلال، كما لو كان المال لشريكين فاختلط مال أحدتهما بمال الآخر، فإنه يقسم بين الشريكين .
وكذلك من اختلط بماله: الحلال والحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال له، والله أعلم. ابن تيمية، مجموع فتاوى ٢٩ / ٢٧٢-٢٣٧.

[8] . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ١٥٨/٨، الماوردي، الحاوي في الفقه الشافعي ٥/ ٣١١، فتاوى ابن حجر٢٧/٥.

[9] . ابن قدامة، المغني ٢٩٥/٤، ابن مفلح، الفروع ٨١/٧.

واستدلوا بالأدلة التالية[١]:

أولا: حديث أبو الحوارء السعدي قال: قلت للحسن بن علي: ما حفظت من رسول الله ﷺ ؟ قال: حفظت من رسول الله ﷺ :" دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ".[٢]

ثانيا: وقد روي عن عبد الله بن مسعود ﷺ: أن رجلا سأله فقال: إن لي جارا يربي أفآكل من ماله فقال: لك مهنأه، وعليه مأثمه [٣].

ثالثا: ولما روي أن النبي ﷺ: اقترض من أبي الشحم اليهودي أصوعا من شعير، وقد كان ممن لا يتوقى الربا . [٤]

القول الثالث: ذهب الإمام الشوكاني[٥] إلى جواز معاملة حائز المال الحرام إذا كان مختلطا بما عنده من مال حلال مطلقا.

واستدل بالأدلة التالية:

أولا: قد ثبت وقوع المعاملة منه ﷺ لمن يفد إلي المدينة من الأعراب الباقين على الشرك إذ ذاك، وهكذا معاملة أصحابه ﷺ لهم بمرأى منه ﷺ ومسمع، وهم في حال جاهليتهم مرتطمون في المحرمات مرتكبون للظلم، وغالب ما في أيديهم مما يأخذونه قهرا وقسرا وغصبا من أموال بعضهم بعضا مع كونهم مستمرين على ربا الجاهلية الذي هو الربا المحرم بلا خلاف[٦].

ثانيا: كان النبي ﷺ وأصحابه يعاملون اليهود من أهل المدينة، وممن حولها، وهم مستحلون لكثير ما حرمه شرعنا، وهكذا كان ﷺ يعامل هو وأصحابه أهل مكة قبل الهجرة، ومن يرد إليها من طوائف الكفار، ولم يسمع على كثرة هذه المعاملة، وتطاول مدتها أنه ﷺ قال: هذا كافر لا تحل معاملته، ولا قال أحد من الصحابة كذلك، وإذا كان هذا في معاملة الكفار الذين هذا حالهم، وملكهم فكيف لا تجوز معاملة من هو من المسلمين مع تلبسه بشيء من الظلم فإن مجرد كونه مسلما يردعه عن بعض ما حرمه الله عليه، وإن وقع في بعض المحرمات تنزه عن بعضها فغاية الأمر ما في يده قد يكون مما هو حرام، وقد يكون مما هو حلال، ولا يحرم على الإنسان إلا ما هو نفس الحرام وعينه.[٧]

---

[1] . الماوردي، الحاوي في الفقه الشافعي ٥/ ٣١١

[2] . أخرجه الترمذي في السنن حديث رقم (٢٥١٨)، كتاب : صفة القيامة والرقائق والورع، باب(٦٠)، والنسائي في السنن (٥٧١١) كتاب: الأشربة، باب: الحث على ترك الشبهات ٣٢٧/٨، وأحمد في مسنده ، حديث رقم (١٧٢٣) ٢٤٩/٣. قال الترمذي: حديث حسن صحيح ،انظر المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ٢٢١/٧.

[3] .أخرجه عبد الرزاق في مصنفه حديث رقم(١٤٦٧٦) باب طعام الأمراء وأكل الربا، ١٥٠/٨.

[4] . الماوردي، الحاوي في الفقه الشافعي ٥/ ٣١١

[5] . الشوكاني، السيل الجرار ٤٣١/١.

[6] . الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم ١/ ٤٨٢-٤٨٣.

[7] . الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم ١/ ٤٨٢-٤٨٣.

القول الرابع: ذهب أصبغ من المالكية[1]، وأحد أقوال مذهب الحنابلة[2] إلى حرمة التعامل مع المسلم الذي يختلط ماله الحلال بما عنده من مال حرام مطلقا.

واستدلوا بما روى النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال: " الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس. فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه. ألا وإن لكل ملك حمى، وحمى الله محارمه".[3]

يظهر من خلال اجتهادات الفقهاء معياري" القلة والكثرة " و" الندرة والغلبة "، إذ اعتبر القليل النادر من الحرام عند اختلاطه بالحلال مغتفر فيه، وقد تقرر فيما سبق أن القليل النادر أحد أوصاف التابع.

ومن تحدث من الفقهاء عن معيار" القلة والكثرة " لم يقيدوهما بشيء، إلا أن المالكية[4] والحنابلة[5] ذهبوا إلى اعتبار" الثلث" نهاية القليل، وبداية الكثير. أما معيار" الغلبة" فقد أطلق الكلام عنه، ولم يحدد بنسبة، وكأن المرجع في ذلك عند الفقهاء القائلين به، هو طبيعة كسب المتعامل معه، فإن كان من طالبي الشبه، وملتمسي الحرام غلب الحرام على ماله، وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة وقلتها[6].

قال الإمام ابن تيميه: فإن كثيراً من الناس يتوهم أن الدراهم المحرمة إذا اختلطت بالدراهم الحلال حرم الجميع فهذا خطأ، وإنما تورع بعض العلماء فيما إذا كانت قليلة، وأما مع الكثرة فما أعلم فيه نزاعاً.[7]

وقد اعترض على أدلة المانعين بما يلي:

أولا: أما طريقة الورع فلا شك أن الأمر كما قال رسول الله ﷺ فيما صح عنه: "الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات" والمؤمنون وقاقون عند الشبهات، ولكن لو كانت معاملة الظالم من هذا القبيل لما فعله رسول الله ﷺ، وفعله أصحابه مع علمه لذلك، وتقريره له، وإذا كان هذا في المعاملة بالبيع والشراء، ونحوهما كان في قبول عطائهم، وهباتهم.[8]

---

1. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر ٦٠/٣، القرافي، الذخيرة ٣١٧/١٣.
2. ابن مفلح، الفروع مع تصحيح الفروع ٨١/٧.المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣٩٠/٤.
3. أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم: (١٩٤٦)، كتاب:البيوع، باب: الحلال بين والحرام بين ٧٢٣/٢.
4. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٠/٣
5. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣٩٠/٤.
6. انظر ابن قدامة ، المغني ٢٩٥/٤.
7. ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢١/٢٩.
8. الشوكاني،السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ١/ ٤٨٣.

ثانيا: أن الحرام لا يثبت في عين المال، وإنما يثبت الحرام في ذمة الأخذ... فلا يصح القول أن وجود الدرهم الحرام يؤدي أن يصبح الحرام شائعا في المال كله، فالحرام وصف معنوي، والشيوع وصف مادي، والفرق بين الاثنين واضح.[١]

وما يبدو لي رجحانه في هذه المسألة، الأولى اجتناب معاملة من دخل الحرام في ماله؛ ولكن عند وجود الحاجة لا بأس بمعاملته بيعا وشراء ومشاركة؛ لأن المال الحرام يثبت في ذمة مكتسبه لا في المال ذاته[٢]. مع وجوب إخراج نسبة الحرام تقديراً، وصرفها في مصرفها الشرعي من باب الورع والاحتياط؛ لأن الحرام وصف لازم لا يحل للمسلم بحال فوجب التطهر منه. والله تعالى أعلم بالصواب.

الرأي الراجح في المساهمة في الشركات المختلطة.

إن شعار الفقه المالي في الاقتصاد الإسلامي يدعو إلى استثمار المال الحلال الطيب الموافق للأصول، والقواعد العامة القاضية بحفظ المال، وتنميته، وتداوله، ورواجه، بخلوه من المحظورات الشرعية من ربا، وغرر، وجهالة ...

ومن مقاصد الاقتصاد الإسلامي تربع المال النقي الطاهر على عرش الأصالة، ليقود الاستثمار نحو المصالح المحضة التي ارتضاها الشارع لعباده، فتحقق الغاية من تملك المال وإنفاقه.

وحيث إن الاستثمارات المالية الموافقة للشريعة الإسلامية ما زالت في حبو البداية، وأن تطبيق العزائم في كل حيثياته يعيق الطريق أمام مسيرة منافستها للاقتصاديات الوضعية. يأتي دور الاجتهاد الاستثنائي ليقدم استثناء يحسن تصوره، بمراعاة الضوابط المهمة الموضوعة عند التطبيق، وإنزال الأحكام الفقهية منزلها الصحيح المقصود.

وتأسيساً على هذا؛ حينما يرجع القارئ بذاكرته قليلاً إلى تأصيل "التابع" من خلال أنواعه المذكورة في ثنايا الدراسة، لعل ما يتبادر إلى ذهنه سؤال مفاده: هل تنطبق أوصاف التابع على مسألة المساهمة في شركات أصل نشاطها مباح، لكنها تتعامل بالربا؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه راجية من الله تعالى السداد.

تعتبر قاعدة "الأصالة والتبعية" قوام ما استدل به المجيزون على إباحة المساهمة في الشركات المختلطة؛ لأن القليل اليسير هو ذاته التابع، كما أن المصلحة، والحاجة العامة من مواصفات الأصل، والأصالة؛ لأن ما توجهت إليه أنظار الناس وتعلقت به حاجاتهم ومصالحهم، وسّم أصلاً، وما كان كثيراً غالباً مقصوداً وُصِف بالأصالة؛ وعلى ضوء ذلك تعتبر" قاعدة الأصالة

---

[1] . د. عباس الباز ، المال الحرام ص٢٥٣،٢٥٤.
[2] . انظر عباس الباز، المال الحرام ص٢٢٨،٢٣٨.

والتبعية " المعيار العام لجواز الاستثمار في شركات المساهمة التي أصلها نشاطها مشروع، وتتعامل بالربا إقراضا واقتراضا.

وبيان ذلك، أن فقه المساهمة في الشركات يرتكز على أن السهم أصل مالي يدر على مالكه عائداً ربحياً، وهذا الربح كما مر سابقا في الفصل التأصيلي، هو تابع من أصل إنتاجي أو استثماري، يقصد أصالة لمالكه، فالسهم حصة في رأس مال الشركة، والتشديد في الشروط، والأركان الشرعية يَردُ على أصل المعاملة، ويغتفر فيما جاء على سبيل التبعية؛ لأنه " يشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً".[١]

فإذا جمع رأس المال من أموال حلال عن طريق أسهم المستثمرين، ونصت الشركة في نظامها الأساس على ممارسة أنشطة مشروعة صناعية وتجارية وزراعية، فقد تحقق أهم عنصرين في المعاملة المالية؛ وهي **أصالة المعاملة**، وذلك بالاتجاه العام للمعاملة المالية وهو المشروع المقصود، **وأصل المال** في المعاملة وهو رأس مال الشركة.

أما وجه التبعية في المساهمة في الشركات المختلطة يظهر في عمل الشركة القاضي بأن تتعامل مع البنوك الربوية إقراضا واقتراضا، وهو عمل تبعي كما سبق بيانه؛ لأن الفوائد الربوية المحصلة من التعامل الربوي، جاءت تابعة للربح المقصود أصالة من النشاط المشروع للشركة.

ولأن هذه المسألة من باب الاجتهاد الاستثنائي، فلا بد أن يعامل معاملة الاستثناء لا معاملة الأصل، ولا يتحول إلى القاعدة، ومن هنا فمعيار القليل فيه يجب أن يضيق عليه بقدر الإمكان بحيث لا يتعدى بأي حال من الأحوال الثلث، فيكون الثلث كثيراً، فلا يجوز حينئذ أن تكون الديون، والقروض الربوية للشركة، أو عليها تصل إلى الثلث، وأن لا تزيد نسبة الفوائد إلى صافي الربح عن ٥% مع وجوب التخلص منها؛ لأننا أمام محرم لا خلاف على حرمته، وإنما الخلاف الكبير في مدى التسامح في قليله[٢]. ولا بد من إعمال الاحتياط والتورع عند تطهير المال بصرفه للمستحقين [٣].والله أعلم بالصواب.

---

[1] . الكاساني، بدائع الصنائع ٥٨/٦.

[2] . انظر القره داغي، أثر الديون ص٦٣.

[3] . يراجع في كيفية تطهير المال، بحث عصام أبو النصر،الحكم الشرعي في تملك الأسهم وكيفية تطهير أسهم الشركات التي اختلط فيها الحرام بالحلال ،بحث مقدم لمؤتمر الأسواق الأوراق المالية ،المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة ص ٢١-٢٧

المبحث الثاني: أثر التبعية على تداول الأوراق المالية.

المطلب الأول: حقيقة الأوراق المالية.

شهدت أصول الأموال[1] تطوراً في عالم المال المعاصر، على صورة أوراقٍ ماليةٍ تمثلُ حصص ملكية مشاعة في شركات مساهمة[2] أو في صناديق استثمارية قابلة للتداول في بورصة الأسواق المالية[3]، ظهرت من خلالها بجلاء" قاعدة الأصالة والتبعية "، لتقرر ما يعد أصلاً، وما يعد تبعاً في الأوراق المالية، وتطرح نفسها حلاً ناجعا عند التداول...

الفرع الأول: الأسهم.

أولا: <u>مفهوم الأسهم لغة واصطلاحا</u>.

<u>الأسهم لغة</u> .

هي الحظُّ والنصيبُ، قال الله تعالى:﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ﴾[4] ثمّ حمل على ذلك فسُمِّي السَّهمُ الواحد من السِّهَام، كأنّه نصيبٌ من أنصباء، وحظٌّ من حظوظ[5].

<u>الأسهم اصطلاحا</u> .

ويعرف السهم بأنه: الصك، أو الوثيقة المثبتة الذي يعطي للمساهم إثباتا لحقه؛ لأن السهم يعطي المساهم حقوقا تجاه الشركة كما يرتب عليه التزامات نحوها.[6]

كما عرّف مجمع الفقه الإسلامي الدولي السهم بأنه: "حصة شائعة في موجودات الشركة".[7]

وتعرف الأسهم في القانون بأنها: "صكوك متساوية القيمة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، والتي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة التي أسهم في رأس مالها، وتخول له بصفته هذه ممارسة حقوقه في الشركة، لا سيما حقه في الأرباح".[8]

---

[1] . وهي الأموال التي يعقد عليها أصالة، وتنقسم إلى أصول عينية (مادية) كالسلع، والآلات، والعقارات، والأراضي، أو أصول معنوية؛ كالمنافع، والحقوق، والخدمات، والأوراق المالية.

[2] . شركة المساهمة: هي عقد على استثمار مال مقسوم على أسهم متساوية القيمة، قابلة للتداول، على ألا يسأل كل شريك فيها إلا بمقدار أسهمه، وعلى أن يتولى إدارتها وكلاء منتخبون من قبل مالكي الأسهم. محمد قلعه جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ط١، دار النفائس، بيروت – لبنان ، ١٩٩٩م. ص٥٦.

[3]. الأسواق المالية، أو البورصات: هي الأماكن الخاصة التي تخصص للنشاطات التجارية الخاصة بالصرف ،وبالنقد ،والأسهم والسندات، والأوراق التجارية ،وشهادات الودائع ،ونحوها بالإضافة إلى عقود السلع بين المنتجين والتجار، القره داغي، بحث الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع،١/٨٠-٨١.

[4] . سورة الصافات: آية: ١٤١.

[5] . ابن فارس، مقاييس اللغة ٣ / ٨٤.

[6].الخياط، عبد العزيز، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،ط١٩٧١،١م،منشورات وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية،٩٤/٢، هارون،محمد صبري،أحكام الأسواق المالية (الأسهم والسندات) وضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي، ط١، دار النفائس، عمان،١٩٩٩م، ص٣٠.

[7] . مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع، قرار رقم (٦٣)٧/١.

[8] . أبو زيد رضوان، شركات المساهمة وفقا لأحكام القانون رقم ١٥٩، لسنة ١٩٩٨م، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢م،ص ٦٣.

وتكون الأسهم نقدية إذا مثلت حصصا نقدية في رأس مال الشركة، وعينية إذا مثلت حصصا عينية في رأس مال الشركة.[١]

وقد اختلفت نظرة الباحثين المعاصرين في ملكية السهم لموجودات الشركة المساهمة، فيما يلي:

- أن السهم يمثل حصة شائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة، إذ إن المساهم في شركة المساهمة كالشريك في شركة العنان، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي[٢].
- تختلف ملكية صغار الملاك لأسهم الشركة، عن ملكية كبار المساهمين(أعضاء مجلس الإدارة)؛ لأن غالبية صغار الملاك لأسهم الشركة يشترون الأسهم بقصد بيعها إذا ارتفع سعرها، أو توقع انخفاض سعرها في المستقبل، ومن يمتلكون القرار في الشركة، ويوجهونه لصالحهم هم أعضاء مجلس الإدارة، وهم في الغالب من يمتلك، أو يستطيع التأثير في نسبة كبيرة من أسهم الشركة، ليضمن عضوية في مجلس الإدارة، وعليه فإن مالك السهم لا يمتلك حقوق، وخصوم الشركة ملكية مشاعة، وهو ما ذهب إليه الشيخ عبد الرحيم الساعاتي.[٣]
- أن السهم ملكيته منفصلة عن ملكية الشركة؛ بوصف الشركة ذات شخصية اعتبارية منفردة عن المساهمين تملك أصول، وموجودات الشركة، وهو الشيء الذي لا يتمتع به ملاك الأسهم، وهو ما ذهب إليه الشيخ محمد القري[٤].

---

[1]. وللأسهم أنواع مختلفة بحسب طبيعة كل نوع؛ الأسهم الاسمية، وأسهم لحاملها، وأسهم الأمر، والأسهم العادية، والأسهم الممتازة، وأسهم رأس المال، وأسهم التمتع. انظر تفصيل الأنواع، الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. ٢/٩٦- ١٠٠ وتعامل مع الأسهم اقتصاديا باعتبار القيم التي تمثلها؛ فالقيمة الاسمية: تلك القيمة التي تكون مبينة في السهم ،عند إنشاء الشركة، ويحسب على أساسها رأس مال الشركة .
قيمة الإصدار: وهي القيمة التي تصدرها بعض الشركات بأقل من قيمة السهم الاسمية؛ وذلك بقصد زيادة رأس المال، ترغيبا للمساهمين في شرائها.
والقيمة السوقية: القيمة التي يباع بها السهم في أسواق المال، والبورصات، وهذه القيمة عرضة للتقلبات ارتفاعا وانخفاضا بحسب العرض والطلب، وتتحدد القيمة تبعا لمجموعة من العوامل بعضها يتعلق بمدى سلامة المركز المالي للشركة، ودرجة نجاح مشروعاتها، وأحوال السوق والمضاربات. وقد تكون القيمة السوقية أكثر أو أقل من القيمة الاسمية .
أما القيمة الحقيقية للسهم: فهي النصيب الذي يستحقه السهم في صافي أصول، فهي القيمة الاسمية عند ابتداء الشركة ،ولكنها تختلف بعد ذلك، بحسب ما تصادفه الشركة من نجاح أو فشل في أنواعها. انظر محمد هارون، أحكام الأسواق المالية ص٢٣٢-٢٣٤.

[2] . مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع، قرار رقم (٦٣)١/٧.

[3] . الساعاتي، عبد الرحيم ، الوظائف الاقتصادية للصكوك "نظرة مقاصدية"، بحث مقدم لندوة الصكوك : "عرض وتقويم " المنعقدة في جامعة الملك بن عبد العزيز بجدة ، الموافق ٢٤-٢٥ مايو /٢٠١٠م.بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجمع البنك الإسلامي للتنمية،ص٢.

[4] . القري، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة ،مجلة دراسات اقتصادية إسلامية ، العدد الخامس،٢/٩.

- أن السهم ورقة مالية تمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة المساهمة، وهو ما ذهب إليه الدكتور يوسف الشبيلي[١].

❖ ولعل ما ذهب إليه الشيخ عبد الرحيم الساعاتي والدكتور الشبيلي هو الراجح؛ للأسباب الآتية:

- أن الشخصية الاعتبارية التي تمتلكها الشركة، لها ذمة مالية مستقلة عن ملاكها، وهم المساهمون، ولها أهلية كاملة، فهي قابلة للإلزام والالتزام، وكل ما يثبت لها، أو عليها فهو بالأصالة لا على سبيل الوكالة عن المساهمين. وعلى هذا فإن مالك السهم بامتلاكه حصة شائعة في هذه الشخصية فإنه يملك موجوداتها العينية، والمعنوية على سبيل التبعية، لا بالأصالة. فلا يملك التصرف بشيء منها، ولو زادت قيمة هذه الموجودات عن قيمة أسهمه فليس له حق المطالبة بها، كما لا يتحمل في ماله الخاص الديون، أو الأضرار التي تقع بسببها على الآخرين؛ لأنه لا يملك هذه الموجودات ملكا مباشرا، وليست يد الشركة عليها بالوكالة عنه. [٢].
- أن الذمة المالية للشركة منفصلة عن المساهمين؛ فإن ما على الشركة من حقوق، والتزامات لا ينتقل إلى المساهمين، والأضرار التي تقع على الآخرين بسبب هذه الموجودات تتحملها الشركة، ولا يتحملها المساهمون في أموالهم الخاصة.[3]
- أن مالك السهم لا يملك أصول الشركة إذ إن حقوق المقرضين في هذه الأصول مقدمة على حقوقه، وتزداد حقوق المقرضين في أصول الشركة بزيادة الرافعة المالية؛ أي نسبة القروض إلى حقوق الملكية، والتي قد تصل في البنوك إلى أكثر من ٩٢%.[٤]

ثانيا: <u>خصائص الأسهم:</u>

تتميز الأسهم بعدة خصائص وحقوق، منها[٥].

- تساوي قيمة الأسهم حسبما يحددها القانون.
- قابلية الأسهم للتداول.
- عدم قابلية الأسهم للتجزئة.

---

[1] . الشبيلي، يوسف بن عبد الله، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية " بحث مقدم لندوة الصكوك: "عرض وتقويم " المنعقدة في جامعة الملك بن عبد العزيز بجدة ، الموافق ٢٤-٢٥ مايو /٢٠١٠م.بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجمع البنك الإسلامي للتنمية، ص٥

[2] . المرجع السابق ص٦.

[3] . المرجع السابق ص٦.

[4] . الساعاتي، الوظائف الاقتصادية للصكوك "نظرة مقاصدية"، ص٢.

[5] . انظر الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. ٢/٩٤-١٠١.

- تساوي الحقوق في الأسهم، وكون مسؤولية كل مساهم بقدر قيمة أسهمه؛ كحق بقاء مالك السهم في الشركة، حق التصويت في الجمعية العمومية، حق الرقابة، حق رفع دعوى المسؤولية على الإداريين،الحق في نصيب الأرباح، والاحتياطات، وحق التنازل عن السهم، والتصرف فيه، والأولوية في الاكتتاب، وحق اقتسام موجودات الشركة عند تصفيتها.

الفرع الثاني: الصكوك.

أولا: مفهوم الصكوك لغة واصطلاحا.

الصكوك لغة .

من (صَكَّ): الصاد والكاف أصلٌ يدلُّ على تلاقِي شيئين بقوَّة وشِدَّة.[1] ويطلق على الكتاب الذي يكتب في المعاملات والأقارير، و جمعه: ((صُكُوكٌ، و أصُكٌّ، و صِكَاكٌ))[2].

الصكوك اصطلاحا .

هي وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان، أو منافع، أوخدمات، أو في موجودات مشروع معين، أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك، وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله.[3]

إن مصطلح الصك في المنظور الإسلامي يصدق على كل وثيقة تمثل حصة شائعة في رأسمال عيني لنشاط استثماري مشروع يستحق مالكها ربحا، أو أجرا مقابل إسهامها في العملية الاستثمارية؛ وتتحدد طبيعة العائد من الصك بتحديد طبيعة رأس المال الذي يمثله الصك، ونوعية المساهمة التي تناط به فإذا كان الصك، وثيقة لحصة شائعة في رأسمال نقدي هادف إلى تمويل نشاط تجاري(= مشاركة، أو مضاربة، أو مرابحة، أو سلم، أو استصناع)، فإن العائد منه ربحا، وأما إذا كان الصك يمثل حصة شائعة في رأسمال عيني قائم كملكية أعيان، أو ملكية منافع أعيان، ومنافع خدمات، فان العائد منه يعد أجرا، فالعبرة في طبيعة رأس المال، وطبيعة النشاط المنوط به الصك.[4].

وتأسيسا على هذا؛ فإن التقسيم الاصطلاحي لعملية التصكيك تقوم على إطلاق مفهوم **الأصالة** على النشاط الاستثماري المنوط به الصك، **والأصل** على رأس المال سواء أكان نقديا، أو عينيا

---

[1] . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة مادة (صك) ٣/ ٢١٥.
[2] . الفيومي، المصباح المنير (الصك) ٣٤٥/١.
[3] . المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة، المعيار الشرعي رقم (١٧) صكوك الاستثمار، ص٣١٠.
[4] . انظر سانو، قطب مصطفى، في إصدار الصكوك والشروط الواجب توافرها في مصدريها، بحث مقدم لمؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة،ص٨

الذي يمثل الصك فيه حصة شائعة، **والتابع** على العائد من الأصل(= رأس المال) بمساندة عنصر العمل الذي يعد السبب المعنوي لتوليد العائد (ربحاً، أو أجراً).

ثانيا: أنواع الصكوك.

ويمكن تصنيف الصكوك على نوعين:

❖ **صكوك تحوي ملكية موجودات عينية ومنافع وديون وحقوق[1] ومنها:**

- **صكوك المشاركة:** هي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلتها في إنشاء مشروع، أو تطوير مشروع قائم، أو تمويل نشاط على أساس عقد من عقود المشاركة، ويصبح المشروع، أو موجودات النشاط ملكاً لحملة الصكوك فى حدود حصصهم، وتدار صكوك المشاركة على أساس الشركة، أو على أساس المضاربة، أو على أساس الوكالة بالاستثمار.
- **صكوك المضاربة:** هي وثائق مشاركة تمثل مشروعات، أو أنشطة تدار على أساس المضاربة بتعيين مضارب من الشركاء، أو غيرهم لإدارتها.

❖ **صكوك تنشئ دينا[2] ومنها:**

- **صكوك السلم:** هي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها؛ لتحصيل رأس مال السلم، وتصبح سلعة السلم مملوكة لحملة الصكوك.
- **صكوك الاستصناع:** هي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تصنيع سلعة، ويصبح المصنوع مملوكا لحملة الصكوك.
- **صكوك المرابحة:** هي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لتمويل شراء سلعة المرابحة، وتصبح سلعة المرابحة مملوكة لحملة الصكوك.

ثالثا: خصائص الصكوك:

عرض مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في الشارقة الموافق ٣٠/نيسان/٢٠٠٩م[3]. الخصائص الآتية للصكوك.

- يمثل الصك حصة شائعة في ملكية حقيقية.

---

[1] . المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة، المعيار الشرعي رقم (١٧) صكوك الاستثمار، ص٣١٢.

[2] . المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة، المعيار الشرعي رقم (١٧) صكوك الاستثمار، ص٣١١.
وقد بلغ عدد الصكوك الإسلامية أربعة عشر نوعا: صكوك ملكية الموجودات المؤجرة، صكوك ملكية المنافع، وهي نوعان: صكوك ملكية منافع الأعيان الموجودة، صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة.
وصكوك ملكية الخدمات من طرف معين، وصكوك ملكية الخدمات من طرف موصوف في الذمة، وصكوك المزارعة، وصكوك المساقاة، وصكوك المغارسة. انظر المعيار الشرعي رقم (١٧)، هيئة المحاسبة والمراجعة ص٣١٠ -٣١٣.

[3] . قرار رقم ١٧٨(١٩/٤).

- يصدر الصك على أساس عقد شرعي، ويأخذ حكمه.

- أن تشترك الصكوك في استحقاق الربح بالنسبة المحددة، وتحمّل الخسارة بقدر الحصة التي يمثلها الصك، ويمنع حصول صاحبه على نسبة محددة مسبقا، من قيمته الاسمية أو على مبلغ مقطوع.
- تحمل مخاطر الاستثمار كاملة.
- تحمل الأعباء، والتبعات المترتبة على ملكية الموجودات الممثلة للصك، سواء كانت الأعباء مصاريف استثمارية، أو هبوطا في القيمة، أو مصروفات الصيانة، أو شركات التأمين .

الفرع الثالث: الوحدات الاستثمارية.

الوحدات، أو الحصص للصناديق، أو المحافظ الاستثمارية بمعنى واحد[١]، يقصد بها أن يقوم البنك بترتيب محفظة، أو صندوق استثماري لنوع من الاستثمار، أو لعدد منه، أو لكل أنواع الاستثمار، ثم يقسم الأموال المطلوبة لهذا الصندوق، أو المحفظة على حصص متساوية من حيث القيمة الاسمية، والحقوق والتزامات، وهي في حقيقتها بمثابة الأسهم للشركات.[٢] وما قيل عن ملكية السهم في شركة المساهمة يقال هنا، باعتبار الوحدة الاستثمارية، حصة مشاعة في الشخصية الاعتبارية للصندوق الاستثماري الذي يملك ذمة مالية مستقلة، لها أهلية كاملة للإلزام والالتزام والتملك، وإجراء العقود، والتصرفات، وتحمل الديون، والأضرار الواقعة على الغير في حدود ذمتها فقط، ولا يتعداها إلى المستثمرين، وكل ما يثبت لها، أو عليها فهو بالأصالة لا على سبيل الوكالة عن المستثمرين، أي أن ملكية المستثمرين لموجودات الصندوق تثبت تبعا لملكيتهم للوحدة الاستثمارية في الشخصية الاعتبارية للصندوق.[٣]

ثانيا : <u>أنواع الصناديق الاستثمارية :</u>

وتنقسم الصناديق الاستثمارية على اعتبارات منها:

---

[1] . الصندوق الاستثماري: وعاء توضع فيه سلة من عدد من أرباب المال يشتركون بجزء من أموالهم ومدخراتهم لاستثمارها، وتطور إلى أن أصبح العديد من البنوك المركزية والتقليدية والإسلامية والشركات والمؤسسات يستخدمونها وسيلة من وسائل تجميع موارد مالية للاستثمار في مشروع معين كشراء العقارات وبيعها أو في مشروعات متعددة وتوزيع الأرباح في نهاية مدة الصندوق أو تكون بطريق غير حلال كإعطاء نسبة محددة ثابتة ربحا. عبد العزيز الخياط ،الصناديق الاستثمارية الإسلامية، بحث مقدم (لندوة رابطة الجامعات الإسلامية المنعقد في نيسان٢٠٠٥، بحوث اقتصادية ٢، الدار المتقدمة للنشر والتوزيع، عمان، ص١٠.

[2] . القرة داغي، بحث أثر الديون ونقود الشركة المحفظة على تداول الأسهم. ص١٢. يراجع عبد الستار أبو غدة، بحث استثمار الأسهم والوحدات الاستثمارية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، ١٨٠٩٨/٢ ."الموسوعة الشاملة".

[3] . انظر الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية،ص٨.

- **باعتبار طبيعة رأس مال الصندوق**[١]:

١. **صناديق الاستثمار المغلقة:** وهي الصناديق التي يكون رأس مالها محددا عند إنشاء الصندوق ولا يقبل الزيادة فيه، ولا الإنقاص منه طيلة مدة عمر الصندوق.

٢. **صناديق الاستثمار المفتوحة:** وهي الصناديق التي يكون رأس المال فيها غير محدد مسبقا؛ لذلك يمكن أن يقبل دخول، وخروج المساهمين في أي وقت، فيتغير رأس مال الصندوق تبعاً لذلك، ويكون دخول وخروج المساهمين بسعر الوحدة عند الدخول أو الخروج.

- **باعتبار طبيعة أعمال الصندوق، وتمويلاته**[٢]:

١. **صناديق التنمية العقارية:** فيقوم الصندوق بشراء مساحات من الأراضي، ثم تخطيطها، وتنظيمها توزيعها، وإيصال الخدمات العامة إليها، ثم بيعها، أو بنائها قبل بيعها. ومن صناديق التنمية العقارية ما يتخصص بتمويل المقاولات للمباني والإنشاءات، أو مشتري البيوت مباشرة، على طريقة الإقراض الربوي فقط.

٢. **صناديق المتاجرة بالعملات الأجنبية** بيعاً وشراء، أو ما يتعلق بعمليات شراء وبيع السلع.

٣. **صناديق تمويل المرابحة** حسب الطريقة الشرعية.

<u>أوجه اتفاق وافتراق بين الأوراق المالية:</u>

هناك خصائص مشتركة للأوراق المالية، تعبر عن أوجه الاتفاق بينها[٣]:

- وجود أصول حقيقية للصكوك والوحدات والأسهم، هذه الأصول هي محل الاستثمار.
- الربح من عمليات الاستثمار في هذه المنتجات – الشركة، الصندوق، الصكوك – بعد حسم المصاريف ملك لحملتها .
- الالتزام الناتج من النشاط الاستثماري في هذه المنتجات محدود المسئولية في موجوداتها بقدر ملكية كل واحد منها – السهم، الوحدة، الصك–.
- اختصاص ملاكها في حال التصفية بصافي تصفيتها كل بحسب ملكيته فيها .

---

[1] . انظر منذر القحف، الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية،ص ٩.

[2] . انظر منذر القحف، الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية.

[3]. انظر المنيع، عبدالله بن سليمان، الصكوك الإسلامية تجاوزا وتصحيحا، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورته التاسعة عشرة في الشارقة، ص ٦،٧. يراجع حسين حامد ،الأدوات المالية الإسلامية مجلة مجمع الفقه ، العدد الرابع/١٩١٥/٣ وما بعدها .محمد عبد الغفار الشريف، الضوابط الشرعية للتوريق والتداول للأسهم والحصص والصكوك، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، المنعقد في دورته التاسعة عشرة في الشارقة، ص٤.

- لهذه المنتجات إدارة تختص بتدوير نشاطها وفق اختصاص تقرره جمعيتها العامة، أو مجلس إدارتها .
- كما يتفق السهم مع الوحدة الاستثمارية في أن كلا منهما يمثل حصة مشاعة في ملكية كيان قانوني(شركة أو صندوق) ذي نشاط استثماري، وفي الغالب لا تخلو مكونات ذلك الكيان من أعيان، أو منافع، أو نقود، أو ديون، ونسبة كل نوع من هذه المكونات تتفاوت من حين لآخر بحسب نشاط ذلك الكيان.[١]

أما أوجه الافتراق بين الأوراق المالية:

- **تختلف الأسهم عن الصكوك:**

- أن السهم يمثل حصة في ملكية شركة معينة، وله حقوق تميزه عن الصكوك والوحدات الاستثمارية؛ فله صوت في تعيين الإدارة وعزلها، وله صوت في إقرار الحسابات الختامية، وتوزيع الأرباح؛ فضلاً عن أن السهم يمثل حصة على المشاع في موجودات أكثر من شركة مساهمة، وذلك حين يكون السهم حصة في شركة قابضة، ذات شركات تابعة؛ لذلك فإن السهم يخضع لأحكام عقد المشاركة. وفي العادة يمثل الصك حقوقا في موجودات متنوعة، بعضها قد يكون حقوقا على المشاع في شركات (أسهم)، وبعضها أعيان تستغل مباشرة بمعرفة مدير الاستثمار[٢].
- علاقة حامل الصك بمدير الصكوك تختلف عن علاقة حامل السهم بإدارة الشركة، فحامل الصك ليس له الحق في تعيين إدارة الصكوك، ولا عزلها، وإن كان له الحق في بيع صكه إلى الغير، تماما كما يحق لحامل السهم بيعه إلى الغير. لذلك فإن العلاقة بين حامل الصك والمضارب يحكمها عقد مضاربة الجمع، التي يقوم المضارب فيها باستثمار أموال عدد كبير من أصحاب الأموال، الذين يدخلون ويخرجون من المضاربة عن طريق بيع وشراء الصكوك[٣].
- هيكل إصدار الصكوك يجعل العائد عليها وثمنها في السوق أقل تقلباً، ومن ثم يكون قابلاً للتوقع ومظنة الاستقرار، والصكوك ليست دائمة دوام الشركة المصدرة لها كما هو حال الأسهم بل إن لها أجلاً يجري تصفيتها فيه بالطرق المنصوص عليها في نشرة

---

[1] . انظر الشبيلي ، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية،ص٨.

[2] . انظر معبد الجارحي، عبد العظيم أبو زيد، الصكوك قضايا فقهية واقتصادية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، المنعقدة في الشارقة، ص٦،٧.

[3] . معبد الجارحي، عبد العظيم أبو زيد، الصكوك قضايا فقهية واقتصادية. ص٦،٧.

الإصدار.[1] لذلك تعد الصكوك بوجه عام ورقة مالية قليلة المخاطر، بينما الأسهم ورقة مالية ذات مخاطر عالية.[٢]

- حامل السهم له عند التصفية نصيبه من أصول الشركة عند تصفيتها (وتسديد ما عليها من ديون) قل أو كثر، أما الصكوك فإنها مصممة بحيث تمكن حملتها من استرداد رأسمالهم، أو قريباً منه عند انتهاء مدتها بصرف النظر عن قيمة أصول المصدر للصكوك، أو قدرته على سداد ديونه للآخرين.[٣]

- **تختلف الوحدة الاستثمارية عن السهم:**

- تتميز الوحدة الاستثمارية عن السهم، والصك في سهولة التخارج والاسترداد، وفي قيام جهات عديدة لها علاقات تعاقدية مع الصندوق، أو الإصدار الذي يقسم إلى وحدات.[٤]
- الصندوق الاستثماري ليس له قيمة معنوية(قيمة الشهرة) بخلاف الشركة المساهمة، فقد تقوم بأكثر من القيمة الفعلية لموجوداتها الحسية بسبب قيمتها المعنوية.[٥]
- أن قيمة موجودات الصندوق الاستثماري تنعكس تماما على قيمة الوحدة الاستثمارية؛ أي أن الوحدة تقوم بحسب القيمة الفعلية لموجودات الصندوق، بخلاف السهم، فإن قيمته السوقية تختلف عن القيمة الفعلية لموجودات الشركة المساهمة، وليس بالضرورة أن توازيها في اتجاه صعودا، أو هبوطا، لكون القيمة السوقية للأسهم تتأثر بمؤشرات أخرى كقوى العرض، والطلب في السوق، والقيمة المعنوية للشركة، وسمعتها في السوق.[6]

المطلب الثاني: تداول الأوراق المالية.

إن من أهم مزايا الأوراق المالية قابليتها للتداول بالبيع والشراء؛ لذلك تمر عملية إصدار وتداول الأوراق المالية– الأسهم، والوحدات الاستثمارية، والصكوك المشروعة– في الأسواق

---

[1] . ابن عيد، محمد القري، الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، المنعقدة في الشارقة، ص٣.

[2] . أبو بكر، صفية ،الصكوك الإسلامية ، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، ١٣مايو/٣ يونيو/٢٠٠٩م.ص١٥

[3] .ابن عيد، محمد القري، الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، ص٣.

[4] . وتختلف الإصدارات عن الصناديق الاستثمارية في كون الأولى غالباً ما تكون قصيرة الأجل لا تستغرق مدة عام، أي لا يحول حول كامل عادة على الأموال المكتتب بها. كما أن الإصدارات تشمل دائماً عمليات استثمارية محددة الخصائص المالية في حين تكون الصناديق مفتوحة وطويلة الأجل بحيث يحول عليها أكثر من حول، كما يعد لها مركز مالي دوري يوضح حساب الأرباح والخسائر. انظر عبد الستار أبو غدة، بحث استثمار الأسهم والوحدات الاستثمارية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع

[5] . الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية،ص٨.

[6] . الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية،ص٨.

المالية، بخمسة مراحل، ولكل مرحلة حكم فقهي خاص يراعي الموجودات، والأصول المكونة لهذه الأوراق المالية، والتي تختلف بحسب العملية الاستثمارية التي تمثلها[١]:

المرحلة الأولى: التأسيس والاكتتاب.

غالبا ما يتم التأسيس والاكتتاب في الشركات المساهمة، والصناديق الاستثمارية على هيئة أسهم، ووحدات استثمارية تمثل نقوداً، ويكون المساهم فيها شريكاً بقدر الثمن الذي دفعه مقابل الورقة المالية.

وفي هذه المرحلة لا يجوز تداول الأسهم والوحدات الاستثمارية إلا وفق أحكام الصرف؛ لأنها مبادلة نقد بنقد، كما لا يجوز أن تباع إلا بقيمتها الاسمية دون زيادة أو نقص، ويعتبر هذا إقالة، أو فسخا لعقد المضاربة أي للاكتتاب، وليس عقد جديدا[٢].

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد تجميع النقود، وقبل أن تتحول إلى أعيان، ومنافع.

بعد تجميع الأموال من الأسهم والوحدات الاستثمارية، وقبل البدء بالنشاط الاستثماري ترافق النقود في الأسهم، والوحدات الاستثمارية بعض الحقوق المعنوية كالاسم التجاري، والتراخيص. أما بالنسبة للصكوك ففي المراحل الأولى من الإصدار تكون أغلب محتوياتها من النقود أيضا.

وعند تداول الورقة المالية في المرحلة الأولى والثانية، لا بد من تطبيق قواعد الصرف عند البيع مراعاة لمحتويات الورقة المالية التي تمثل في الغالب نقوداً، كما قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع، في قراره رقم(٣٠/٥/٤)[٣]. من ضرورة التماثل، والتقابض في المجلس إذا كان النقدان من جنس واحد، أما إذا اختلف جنس النقد فيشترط التقابض في المجلس فقط.عملاً بحديث عبادة بن الصامت ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل سواء بسواء، يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد).[٤]

---

[1] . انظر القرة داغي، بحث أثر الديون ص١٢-١٦.
أما الأسواق التي يتم فيها التعامل بالأوراق المالية، فهي على نوعين هما:
النوع الأول: السوق الأولية (سوق الإصدار أو الاكتتاب).
وهو السوق التي تباع فيها الإصدارات الجديدة من الأوراق المالية، وهي الأوراق التي تطرح عند تأسيس شركة مساهمة جديدة، أو صندوق استثماري جديد، أو صكوك، أو زيادة رأس مال شركة قائمة عن إصدار أسهم جديدة، وتسمى هذه العملية: الاكتتاب .
النوع الثاني: السوق الثانوية(سوق التداول).
وهي السوق التي تتداول فيها الأوراق المالية بعد إصدارها، وإدراجها في المحافظ الاستثمارية، بين المستثمرين أنفسهم، وليس بين المستثمرين، والشركات، أو الهيئات المصدرة لهذه الأوراق. الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية ص٢.

[2] . أبو غدة، عبد الستار ، صناديق الاستثمار الإسلامية " دراسة فقهية تأصيلية موسعة"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الرابع عشر، للمؤسسات المالية الإسلامية ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص٧٢.

[3] . "فإذا كان مال القراض المجتمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً، فإنَّ تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتُطبق عليه أحكام الصرف" . مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الرابع، ٣ /١٨٠٩.

[4] . أخرجه مسلم في صحيحه رقم الحديث (١٥٨٧) كتاب:البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا،١٢٠٩/٣.

وحديث أبي سعيد الخدري ﵁ عن النبي ﷺ قال:(الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، مثلا بمثل فمن زاد، أو ازداد فقد أربى).[1]

أما إذا كانت موجودات الأسهم، والوحدات الاستثمارية تمثل أعيانا، أو منافع، أو حقوق معنوية، فيتم التداول عن طريق البيع العادي مراعاة للموجودات، وقد مر سابقا بحث مسألة جواز المشاركة بغير النقود[2].

المرحلة الثالثة: تحول النقود كلها، أو معظمها إلى أعيان، ومنافع، وحقوق معنوية.

عندما تبدأ الأنشطة الاستثمارية الحقيقية بالعمل في المشاركات تتحول معظم النقود المجتمعة من الأسهم، والوحدات، والصكوك، إلى أعيان، وحقوق، ومنافع، تعكس الوجهة الحقيقية للنشاط الاستثماري، بحيث تراعى عند تداول الأوراق المالية في هذه المرحلة موجوداتها الغالبة، كما نص على ذلك مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (٣٠/٥/٤):" إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود، والديون، والأعيان، والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع". وقد اختلف العلماء المعاصرون في حد الغلبة كما سيأتي.

المرحلة الرابعة: تحول السلع، والأعيان، والمنافع كلها، أو معظمها إلى أثمان عاجلة (نقود) وآجلة (ديون) من خلال المرابحات، والبيع الآجل، وبالتقسيط.

تظهر الإشكالية الفقهية في هذه المرحلة بحيث تلجأ البنوك، والمؤسسات المالية المصدرة للأوراق المالية إلى ممارسة الأنشطة الاستثمارية التي تؤول إلى مديونية كالمرابحات، والبيوع الآجلة، والسلم والاستصناع، وهو ما يظهر أيضا في صكوك المضاربة، وصكوك المشاركة، وصكوك الاستصناع بحيث يتحول مقابلها إلى نقود، أو ديون للبنوك، أو الجهة المصدرة لها.

وبالتالي تغلب النقود، والديون الآجلة على موجودات الأوراق المالية (من الأعيان، والمنافع، والحقوق المعنوية)، فحينئذ يثور التساؤل حول مدى تطبيق أحكام بيع العين، أو الدين، أو النقد، أو يكون الاعتبار بهذه الخلطة دون النظر إلى مكوناتها، أو حسب الغلبة والكثرة، أو الأصالة أو التبعية ؟![3].

المرحلة الخامسة: مرحلة التصفية عند توقف نشاط الشركة، أو الصندوق.

وفي هذه المرحلة تصفى العمليات الاستثمارية، وتعود موجودات الأوراق المالية لتمثل نقودا، أو ديون آجلة، فلا بد في هذه المرحلة من تطبيق قواعد الصرف السابقة، وقواعد الدين عند

---

[1] . رواه مسلم في صحيحه رقم الحديث (١٥٩٦) كتاب:البيوع، باب بيع الطعام مثل بمثل،١٢١٧/٣.
[2] . انظر ص من هذه الرسالة .
[3] . انظر القرة داغي، بحث أثر الديون ونقود الشركة المحفظة على تداول الأسهم ص ١٨.

وجوده، كما صدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم: ١٠١(١١/٤) بشأن بيع الدين، وسندات القرض، وبدائلها الشرعية، الذي ينص على:

(أنه لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه، أو من غير جنسه؛ لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه، أو غير جنسه؛ لأنه من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً. ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض، أو بيع آجل)[١].

وتتابعت جهود الباحثين لتحرير محل الإشكال الفقهي عند تداول الأوراق المالية، إلى أن ظهر الخلاف الفقهي في حالة كون الغلبة للنقود، أو الديون على موجودات الأوراق المالية (من الأعيان، والمنافع، والحقوق المعنوية) على اتجاهين هما:

الاتجاه الأول:

يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم جواز تداول الأوراق الصكوك، والأسهم، والوحدات الاستثمارية، إذا كانت مكونات موجوداتها مختلطة من النقود، والديون، والأعيان، والمنافع، مع كون الغالب نقوداً، أو ديوناً؛ لما في ذلك من الوقوع في مبادلة النقد بالنقد، دون تحقيق الضوابط الشرعية فيه[٢].

وهو نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٣٠ (٤/٣) [٣] بشأن سندات المقارضة، لما فيه من بيع الدين لغير من عليه، وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٠١(١١/٤) بشأن بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية[٤]. وقد ذهب إلى هذا الرأي عدد من العلماء المعاصرين منهم الدكتور محمد عبد الغفار الشريف[٥]، والدكتور معبد الجارحي[٦]، والدكتور عبد العظيم أبو زيد[٧] .

ونوقش هذا القول بما يلي[٨]:

١. أنه لم ينظر إلى الشخصية الاعتبارية للشركة، وما فيها من حقوق معنوية ذات قيمة معتبرة.

---

[1] . مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، العدد الحادي عشر، ٥٣/١.

[2] . انظر ندوة (الصكوك الإسلامية عرض وتقويم)، والتي عقدت في رحاب جامعة الملك بن عبد العزيز بجدة، الموافق ٢٤-٢٥ مايو /٢٠١٠م.بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجمع البنك الإسلامي للتنمية. التوصيات ص٥

[3]. "إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود، والدين، والأعيان، والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعيانا، ومنافع، أما إذا كان الغالب نقودا، أو ديونا فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة" . مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الرابع، ٣ / ١٨٠٩.

[4] . مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الحادي عشر، ٥٣/١.

[5] . الشريف، الضوابط الشرعية للتوريق والتداول للأسهم والحصص والصكوك، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة ، المنعقدة في الشارقة ص٥،٦.

[6] . معبد الجارحي، وعبد العظيم أبو زيد، الصكوك قضايا فقهية واقتصادية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، المنعقدة في الشارقة ص١٤ وما بعدها

[7] . المرجع السابق.

[8] . الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات ص١٣.

٢. أنه جعل تملك النقود، والديون، والأعيان من خلال تملك الأوراق المالية بمنزلة تملكها بشكل مباشر؛ والصحيح أن ملكية المساهم أو المستثمر لموجودات الشركة، أو الصندوق هي ملكية تبعية، تتبع ملكيته لجزء من الشخصية الاعتبارية التي تتملك تلك الموجودات .

الاتجاه الثاني:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا كانت موجودات الأوراق المالية مختلطة من الأعيان، والمنافع، والحقوق والنقود، والديون، وكانت الغلبة للنقود، أو الديون، فيجوز تداولها عملاً بمبدأ التبعية، دون مراعاة أحكام الصرف، أو بيع الديون، إذا كان النشاط الرئيس للشركة، أو الصندوق، أو الوعاء الاستثماري المتاجرة بالأعيان، أو المنافع، أو الحقوق، مع مراعاة أن جواز التداول يكون بعد الشروع في العمل بنسبة لا تقل عن ١٠%[1]، ذهب إلى هذا الرأي عدد من الهيئات الشرعية كهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية[2]، والهيئة الشرعية للبركة[3]، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي[4]، والهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي[5]، وعدد من العلماء المعاصرين؛ منهم الدكتور محمد القري[6]، والدكتور حسين حامد[7]، والدكتور عبد الستار أبو غدة[8]، والدكتور القره داغي[9]، والدكتور يوسف الشبيلي.[10]

وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه في تطبيق مبدأ التبعية على المسألة، وذلك فيما يلي:

- **الشخصية الاعتبارية هي الأصل المتبوع، وموجودات الشركة تابعة.** وهو ما ذهب إليه الدكتور محمد القري[11] والدكتور حسين حامد[12] فالحكم على تداول الأسهم في الشركات المساهمة بالنظر إلى شخصيتها الاعتبارية المستقلة عن المساهمين، باعتبارها المتبوعة المقصودة، وعليه لا يُنظر إلى موجودات الشركة، وإن كانت الغلبة للنقود والديون؛ لأنها تابعة غير مقصودة، فلا تطبق قواعد الصرف، والدين عند تداول الأسهم. واستدل على رأيه بحديث ابن عمر ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(من ابتاع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن**

---

[1] .انظر ندوة (الصكوك الإسلامية عرض وتقويم) ص٤.

[2] . المعايير الشرعية ، معيار رقم (٢١) الأوراق المالية ١٩/٣.

[3] . فتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص٩٤.

[4] . الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٢١٦)، وفتوى رقم (٣٣٤) وفتوى رقم (٦٩٤).

[5] . فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي ٦٩١/٢.

[6] . القري، محمد ، الشخصية الاعتبارية ذات المسئولية المحددة، مجلة دراسات اقتصادية ،العدد الثاني، ٣٧/٥.

[7] . حامد، حسين، مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، بحث مقدم لندوة البركة العشرين ص٤٦.

[8] . أبو غدة، عبد الستار، ضوابط وتطوير المشتقات المالية في العمل المالي ورقة مقدمة للمؤتمر الثامن للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ١٨-١٩ مايو ٢٠٠٩م، ص٩

[9] . أنظر القره داغي، بحث أثر الديون ص ١٠٠.

[10] . الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ،ص١٥ وما بعدها.

[11] . القري، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة ص ٣٧.

[12] . حامد، حسين، مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، بحث مقدم لندوة البركة العشرين ص٤٦.

يشترطه المبتاع).[1] ويستفاد من الحديث أن مال العبد سواء كان نقدا، أو دينا، أو عرضا للبائع؛ إلا أن يشترطه المشتري فيكون له، وان كان نقدا، أو دينا دون تطبيق قواعد الربا، والدين، وعليه فإن تداول أسهم الشركات ذات الشخصية الاعتبارية جائز دون تطبيق أحكام الربا والدين؛ لأنها تابعة غير مقصودة بذاتها.[2]

- **الأعيان والمنافع هي الأصل المتبوع، والنقود والديون تابعة اعتماداً على مبدأ الخلطة.** فقد ذهبت ندوة البركة[3] إلى الاكتفاء بمبدأ الخلطة في مكونات الإصدار وجود أعيان، ومنافع إلى جانب النقود، والديون، ولا يشترط بأن تكون الأغلبية للأعيان والمنافع. ويستدل على ذلك بحديث مال العبد السابق؛ وفُسر بأنه إذا اشترط المبتاع (المشتري) كان ذلك منه شراء لعين ونقد بالنقد، وقد يكون المال الذي بحوزة العبد أكثر من قيمته بكثير، فيغتفر لكون النقد هنا تابعا، والنقود في المضاربة أو المشاركة تابعة للأعيان، والمنافع التي هي الأصل بحسب طبيعة المشاركة، لكونها متاجرة بالسلع لتحقيق ربح مشترك.
- **نشاط الشركة هو الأصل المتبوع؛** وهو ما ذهبت إليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية[4]؛ فإذا كان غرض الشركة ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فيجوز تداول أسهمها دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون، أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات فإنه يشترط لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف، وإذا كان غرض الشرك هو التعامل في الديون(التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الدين. وهو ما أيده الدكتور القره داغي[5]: وذلك بالنظر إلى الأصالة من ناحية القصد، فالمقصود الأساسي من نشاط الشركة، أو الصناديق الاستثمارية هو الأعيان والمنافع لذلك فإن تداول أسهم الشركة، أو الصكوك، أو الوحدات الاستثمارية جائز شرعا. ذلك أن منشأ الحكم في المسألة يعتمد في تحديد أصالة العقد على القصدية، فإذا كان الغرض الأساسي في الشركة المصرح بها في النظام الأساسي العمل في تجارة الأعيان والمنافع، والحقوق عن طريق العقود الشرعية؛ كالمرابحة، والإجارة ونحوها فإن الديون، أو النقود الناتجة مهما كثرت لا

---

[1] . سبق تخريجه ص ٢٥.
[2] . القري، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة ص ٣٩.
[3] . فتاوى ندوة البركة الثانية لسنة ١٤٠٥هـ، ١٩٨٤م.
[4] . المعايير الشرعية ، معيار رقم (٢١) الأوراق المالية ١٩/٣.
[5] . أنظر القره داغي، بحث أثر الديون ص ١٠٠.

تؤثر في تداول أسهمها الإ في حالات البداية قبل العمل، أو في النهاية بعد التصفية[1]؛ لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون، أو النقود نتجت تبعا لذلك العمل. أما إذا كان الغرض الأساسي للشركة هو التجارة في العملات، أو الصرافة، أو بيع الديون وشراؤها فقط، فإن تداول أسهمها يحتاج إلى تطبيق قواعد الصرف، أو أحكام بيع الديون.

كما ذهب عبد الستار أبو غدة[2] إلى أن تداول الديون غير جائز؛ لأن الدين هو المحضن الأساسي للربا، إن لم تطبق في التعامل في الديون ضوابطها الشرعية، وقال إن البديل الشرعي للتداول الديون، أن يتم على أساس التبعية للأصول النقدية من الأعيان، أو المنافع، أو الحقوق المالية أي أن تكون هي المقصودة من التعامل، ويأتي الدين على أساس أنه تمخض عنها، ولم يقصد بذاته، وقد نظم المعيار الشرعي رقم(٢١) بشأن الأوراق المالية التعامل في الأوعية الاستثمارية من شركات، أو صناديق استثمارية، أو صكوك المشتملة على الديون من حيث نسبة الموجودات من غير الديون، والنقود وذلك؛ لأن أي عملية بيع تبدأ بنقود تشترى بها سلع، أو منافع ثم تباع بدين حال، أو مؤجل (دين) فتؤثر التبعية هنا، أما استخدام هذا لتصكيك الديون، وتداولها فقد نص المعيار على المنع الشرعي له.

- **الأصل المتبوع هو مشروع ذو نشاط متجدد**، وهو وما ذهب إليه الدكتور الشبيلي[3]، حيث إنه فرّق بين نوعين من الأوراق المالية:

النوع الأول: أوراق مالية تمثل حصصا مشاعة في مشروع ذي نشاط متحرك؛ أي أن يتم تقليب موجوداته من نقد إلى أعيان، أو منافع ثم نقد أو دين وهكذا، ويشمل هذا

---

[1] . القره داغي، بحث أثر الديون ص١٠٢ .
وعلى ضوء ذلك يجوز تداول الأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية مهما كانت نسبة الديون أو النقود بالشروط التالية:-
١. أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة ، أو بيع الديون .
٢. أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.
٣. أن تكون أعمال البيع والشراء الاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع ، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً.
والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التداول حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على المتاجرة في السلع، والخدمات غير المقتصر على التعامل في النقود المحضة، والديون المحضة أما إذا كان محل التداول الديون – كما في سندات الديون – أو النقود فقط فلا يجوز تداولها إلا على ضوء ضوابط بيع الديون والنقود.
٤. أن تبدأ المؤسسة ممارسة أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.
٥. وأن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .
٦. لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

[2] . أبو غدة، عبد الستار، ضوابط وتطوير المشتقات المالية في العمل المالي ورقة مقدمة للمؤتمر الثامن للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ١٨-١٩ مايو ٢٠٠٩م، ص٩.

[3] . الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ،ص١٥

النوع؛الأسهم، والوحدات الاستثمارية، وصكوك المشاركة أو المضاربة. فيطبق على هذا النوع قاعدة التبعية ،أي أن موجودات المنشأة تعد تابعة لنشاطها المتجدد ،إذ إن مقصود مشتري السهم، أو الوحدة الاستثمارية هو المشاركة في نشاط الشركة، أو الصندوق، أو الوعاء الاستثماري، وليس الحصول على النقد، أو الدين الذي في موجوداتها، وعليه فمتى بدأت الشركة أو الصندوق في تشغيل أموال الاكتتاب، ولو جزءا يسيرا منها فتكون النقود، والديون تابعة مهما كانت نسبتها إلى إجمالي الموجودات، ولا تجب مراعاة أحكام الصرف أو الديون .

النوع الثاني: أوراق تمثل حصة مشاعة في أصل من الأصول، وليس في منشأة ذات نشاط متجدد، أي لا يتم تقليب الموجودات، ويشمل هذا النوع الصكوك غير صكوك المشاركة والمضاربة، محافظ التمويل، وفي هذا النوع يعمل قاعدة الأغلبية فيأخذ الصك أو المحفظة حكم الأغلب من الأعيان أو المنافع، أو الحقوق، أو النقود، أو الديون، فإذا كانت الأعيان، والمنافع، والحقوق هي الغالبة أي تزيد على ٥٠% من إجمالي الموجودات، فيجوز بيعها دون مراعاة أحكام الصرف، أو التصرف في الدين، وإن كانت النقود هي الغالبة فيأخذ حكم المصارفة، وإن كانت الديون هي الغالبة فيأخذ حكم بيع الديون عملا بقاعدة للأكثر حكم الكل، ولا يصح إعمال قاعدة التبعية هنا إذ ليس ثمة نشاط يمكن أن يكون متبوعا

والذي يظهر لي رجحانه في المسألة رأي الدكتور الشبيلي، للاعتبارات التالية.

١. يظهر مبدأ التبعية في الأوراق المالية التي تمثل حصصا مشاعة في مشروع ذي نشاط متحرك بما يلي[1]:

أولا: التكييف الشرعي والقانوني للأسهم والوحدات الاستثمارية، باعتبارها تمثل حصصا مشاعة في الشخصية الاعتبارية للشركة أو الصندوق الاستثماري، وعليه فإن ملكية المساهم أو المستثمر لموجودات الشركة أو الصندوق تثبت على سبيل التبعية لملكية تلك الشخصية الاعتبارية، وهذا ما يؤكد صحة إعمال قاعدة التبعية عند التداول.

ثانيا: أن مشتري تلك الأوراق المالية لا يقصد الحصول على النقد، أو الدين الذي فيها، ولذا لا يطلب تصفية نصيبه منها، ولا يسمح له بذلك، ولا ينتقي من الشركات ما هو أكثر نقدية أو دينا، بل مقصوده المشاركة في النشاط لأجل الربح ، فيكون الأصل المقصود المتبوع هو النشاط والموجودات تابعة .

[1] . الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ص١٨.

٢. يظهر مبدأ الغلبة في الأوراق المالية التي تمثل حصة مشاعة في أصل من الأصول، وليس في منشأة ذات نشاط متجدد، بما يلي[1]:

أن هذا النوع ليس فيه أصل مقصود وتابع غير مقصود، فهو ورقة تشمل أصل أو أكثر وكل منها مقصود لمشتري الورقة، فهو يشتري الورقة ليشارك في حصة من الأصل المؤجر أو الدين المؤجل أو غيرهما من الأصول، فإذا كان كل منها مقصودا فإما أن يقال:

- يجب أن يراعى الأقل منها، وهذا قطعا غير وراد.
- أو يقال يجب أن تقسم الورقة ويأخذ كل نصيب حكمه وهو متعذر.
- أو يقال يراعى حكم الأكثر، وهذا هو المتعين.

- ويمكن استدارك بعض النقاط ليحسن تطبيق قاعدة التبعية على المسألة، وهي :

١. أن قاعدة الأغلبية جزء من قاعدة الأصالة والتبعية؛ بيان ذلك، أن القليل غير المقصود تابع للكثير المقصود، إذ إن التبعية تتحدد بالقصدية وتطبيقها في المسألة كما قيل في النوع الأول، كما تتحدد التبعية بالقلة وتطبيقها في النوع الثاني باعتبار الأصل المتبوع هو الكثير الغالب من موجودات الصك أو المحفظة، وأن التابع يختص بالقليل من موجودات الصك أو المحفظة. فيعطى الحكم للكثير الغالب إذ هو الأصل، ولا يلتفت للتابع.

٢. أن الأصالة تنظر إلى مآلات القصود، ونتائج الأعمال، ذلك يعني أن الشركات والمؤسسات المالية إذا اعتمدت في نشاطاتها على المرابحات والبيوع الآجلة، التي تحقق أسرع الأرباح لهم، لن يعدو الاقتصاد الإسلامي، إلا أن يوصف بالاقتصاد الخدماتي!!، يؤدي خدمات، يحوز فيها على هوامش الأرباح، التي غاية ما تحققه السيولة وتبادل المنافع فقط، أما الاقتصاد الحقيقي هو ما يبنى على المشاريع الإنتاجية من مزارعة، ومساقاة، ومضاربة، ومشاركات في كافة القطاعات الإنتاجية الصناعية، والتجارية. عندها يمكن القول إن النقود والديون تابعة باعتبار الغرض الأساسي من الشركة، فلا تطبق قواعد الربا والديون، لاغتفار ذلك في التوابع غير المقصودة لا قصدا اصلياً، ولا تبعياً بالنسبة لمالكي الأوراق المالية .

---

[1] . الشبيلي، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ص١٩.

٣.ويمكنني القول إن القصد يتسع مآلا ومصلحة وواقعا، ليشمل الاتجاه العام للشركات، والمؤسسات المالية القائمة بمهمة الأعمال الاستثمارية للأوراق المالية، فإذا لوحظ أن هذه المؤسسات تقتصر على المرابحات، وبيوع التقسيط، حينها يقال إن النقود، والديون الناشئة عن هذه الأنشطة متبوعة لا تابعة؛ إذ أن حقيقة المرابحات قائمة على تبادل الأعيان المالية بجعل فارق الزمن والمخاطرة تابعا في محل المعاوضة .

والأولى أن تتجه استثمارات الأوراق المالية نحو الأنشطة الحقيقية من مضاربة ومزارعة ونحوها ...، حينها، ما ينتج عن هذه الأنشطة من نقود وديون يكون تابعاً، غير مقصود لا قصداً أصلياً ولا تبعياً، فلا تطبق قواعد الربا والديون .

وذلك إعمالا لأصالة المقاصد انطلاقا من المشاريع الاستثمارية التي تعبر عنها الأوراق المالية، وانتهاء بمآلات المشاريع الاقتصادية، التي تعبر عن حقيقة الاقتصاد الإسلامي؛ أعني بذلك أن نخرج من ربقة الاقتصاد القائم على المرابحات وما يلحق بها، في أغلب البنوك الإسلامية، والصناديق الاستثمارية التي تديرها، لنحقق اقتصاداً حقيقياً قائماً على الإنتاج والصناعة والزراعة، حينها تطبق الشروط التي ذكرها الدكتور القره داغي، وما خلصت إليه قرارات مجمع الفقه الإسلامي التي سبق ذكرها، من اغتفار تطبيق قواعد الربا والدين، على النقود والديون الناشئة من الاستثمارات الحقيقية، ولا بأس أن تكون صيغ المرابحة، والبيع الآجل إحدى صيغ العقود الاستثمارية، أما أن تفرد دائما، فهذا مدعاة إلى التراجع عن القول بالأصالة والتبعية؛ حتى لا نقع في دائرة مفاسد النهي عن الربا، إذ من مفاسد تحريمه، عدم خلق البيئة الاقتصادية النافعة الحقيقة، فهو يقوم على الوهم، وتمزيق عدالة توزيع الأموال بين الناس.والله تعالى أعلم بالصواب.

الخاتمة

وقد خلُصت الدراسة إلى أهم النتائج التالية:

- تظهر علاقة توابع الأموال مع أصولها على أكثر من وجه:

١. **الوجه الأول:** توابع متصلة بأصلها غير مستقلة عنها.

٢. **الوجه الثاني:** توابع تابعة لأصلها من وجه، مستقلة من وجه أخر.

٣. **الوجه الثالث:** توابع تحمل الوجهين السابقين كمنافع الأعيان .

- الأصل الذي ترتبط به التوابع المالية، يمكن عرضه على قسمين هما:

١. **القسم الأول:** الأصول المالية: وتصدق على رأس المال، والأعيان، والمنافع والحقوق، عند قصدها بالمعاوضة.

٢. **القسم الثاني:** الأصالة: كالأصالة الإنتاجية.

- **الاصالة في العقود المالية** هي الغاية المقصودة أساساً من العقد، بحيث يبنى الحكم على مقتضاها.

- **التبعية في العقود المالية** تعني: هي العلاقة التي تنظم، النواشئ واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها حقيقة أو حكما، في إطار العقد، تحكمها منظومة من الأحكام الشرعية؛ من أهمها الرخص الشرعية، وهي ما تنفرد بها عن الأصالة.

- **توابع الأموال:** هي النواشء واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها المالية حقيقة أو حكما، صورها:

١. **العوائد من الأصول الإنتاجية:** كالثمرة في عقدي المزارعة والمساقاة، والربح في المضاربة والشركات .

٢. **عوامل توزيع تابعة:** وهما الضمان(= المخاطرة) والأجل.

٣. **القليل التابع:** القليل غالبا ما يعد تابعا للكثير في العقد المالي، فالقليل يصدق على الكمية، والقيمة، والمقدار، والعدد ...

٤. **توابع الملك:** وتضم مشتملات الأصول، وحقوق الارتفاق، وما يلحق بهما .

- مصطلح توابع الأموال يضم مصطلحات النماء، والزيادة، والتولد، والنتاج، والغلة والثمار، والربح، والمكمل .

- يعد حديث " الابار والعبد " عمدة الاستدلال على " قاعدة الأصالة والتبعية " من الأصول التشريعية، بحيث يؤتي أكله عند كل استباط، ووجه الاستدلالات به خصبة معطائة، بحيث استُنبط منه أربعة أوجه للتبعية على سبيل التمثيل لا الحصر، والا ففي الدراسة أوجه استدلالات منوعة:

١. **الوجه الأول** : تبعية الجزء المتصل.
٢. **الوجه الثاني** : تبعية الجزء المستقل عن أصله إلى من نشأت في ملكه.
٣. **الوجه الثالث:** تبعية الوصف المستقل عن الأصل لمستحقها.
٤. **الوجه الرابع:** تبعية حقوق الارتفاق لمن يملك الأصل المرتفق به.

- يؤصل حديث " **الخراج بالضمان** " وجهين للتبعية هما:

١. **الوجه الأول:** الضمان تابع للأصل؛ لأنه لا يوجد في معاملة مالية مستقلا، بل تابعا لأصله المالي سواء كان الأصل عامل إنتاج، بحيث يوصف الضمان فيه بالمخاطرة في تقديم العامل الإنتاجي وتحمل تبعة الخسارة .أو كان الأصل محلا المعاوضة المالية أي سلعة .
٢. **الوجه الثاني:** الخراج تابع لمن ضمن ملك الأصل في عقد معاوضة، أو التزم بتقديم عامل إنتاج في عقود المشاركات.

- ويؤصل للتبعية والتوابع من الإجماع والقياس والعرف، وهذا الأخير من أكثر الضوابط مرونة لتحديد نطاق التبعية، وحقيقة التوابع .

- برزت المقاصد معياراً لتحديد الأصالة والتبعية في العقود المالية، ومفسرة لتوابع الأموال بحسب أنواعها ... وذهبت الدراسة إلى أن:

١. " **القصد الأصلي** " يعبر عن الغاية المراد تحقيقها من المعاملة المالية أصالة . ويمكن ضبط **معيار للقصد الأصلي:** بالقول إن كل ما يقصد بالمعاملة المالية، أو بالعقد المالي على وجه الضرورة، وما كمّل الضرورة أو تممها.

٢. "**القصد التبعي**": ما توجه إليه قصد المتعاقدين باعتباره وسيلة وخادما للقصد الأصلي يتمم المنفعة والمصلحة المراد تحقيقها من العقد أو المعاملة. **أما معيار القصد التبعي:** ما كان مثبتا للمقصد الأصلي، ومقويا لحكمته، ومستدعيا لطلبه وإدامته، وذلك يعني أن كل ما توجه إليه قصد الشارع على سبيل الحاجة أو التحسين من خلال صيغة الأمر، أو النهي، أو الطلب المتعلقة بالتفاصيل، أو الأوصاف، أو الجزئيات لعقود المعاملات المالية.

٣. ولعل بناء المعاملة المالية على أساس مراعاة ثنائية القصد الأصلي، والقصد التبعي، يعد حصانة منهجية شرعية لضمان حسن سير الحركة الاقتصادية وفق المنهج المقاصدي المرعي شرعا .

- كشفت الدراسة على أربعة أنواع للتبعية ،هي:

١. التبعية باعتبار المنشأ والسبب:

٢. التبعية باعتبار الملكية:

٣. لتبعية باعتبار وصفها:

٤. التبعية باعتبار المعاوضة:

- أما اغتفار الحرام للتبعية يعني العفو عن الحرام الذي أصاب التابع، أو ما تضمنته المعاملة المالية على سبيل التبعية، والنظر إلى أصل المعاملة الحلال.

وهو مبدأ شرعي شهدت له الأصول والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية بالاعتبار على نحو يقصد منه تحقيق المبادئ الشرعية في أصل المعاملة المالية ويتسامح في ما يعقد عليه تبعا.

وعلى ضوء مبدأ اغتفار الحرام للتبعية، برزت عدة صور من باب الرخصة، والتيسير، ورفع الحرج والمشقة عن المكلف؛ من أهمها اغتفار الغرر، والجهالة، وعدم تطبيق قواعد الصرف فيما يعقد عليه تبعا بضوابط لا بد من مراعاتها عند تنزيل الأحكام على ما يستجد من مسائل.

- وقد ظهر أثر اغتفار الحرام للتبعية في الفصل التطبيقي من هذه الدراسة، في مسألتي المساهمة في الشركات المختلطة، وأثر الديون والنقود على تداول الأوراق المالية،على نحو جُعل فيه الأصل المقصود متبوعاً، وما دونه تابع غير مقصود.

وقبل أن أضع القلم، أشير إلى أن هذه الدراسة التمهيدية، لا تعدو أن تكون خطوة على طريق الأصالة والتبعية، تحتاج إلى مزيد من البحث لتنتظم نظرية، لا أحسب أنها أفردت من قبل بمؤلف...

"وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين"

المصادر والمراجع

- أعمال الندوة الفقهية الخامسة، بيت التمويل الكويتي المنعقدة في الكويت ١٣-١٥ رجب ١٤١٩هـ،٢-٤ نوفمبر ١٩٩٨م.
- الأزهري، محمد بن أحمد الهروي، **تهذيب اللغة**، بلا، ١٥م، (تحقيق عبد السلام محمد هارون)
- الأمين، حسن، **المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة**، المعهد الإسلامي للتنمية، ٢٠٠٠م.
- ابن أنس، مالك، **المدونة**، دار الفكر، بيروت .
- ابن أنس، مالك، **الموطأ**، ط١، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان ، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- الأنصاري، زكريا ، **فتح الوهاب شرح منهج الطلاب** ، ط١٤١٨هـ، دار الكتب ، بيروت
- البابرتي، محمد بن محمود، **العناية شرح الهداية**، ط١، دار الفكر.
- الباجي، **سليمان بن خلف**، **المنتقى شرح الموطأ**، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت.
- الباز، عباس احمد، **المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف به في الفقه الإسلامي** ، ط٢، إشراف ومراجعة أ.د عمر الأشقر، دار النفائس ، الأردن ، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م .
- البجيرمي، سليمان بن عمر، **حاشية البجيرمي على المنهاج** ،الطبعة الأخيرة، ٤م، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، ١٩٥١م-١٣٧٠هـ.
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد، **كشف الأسرار**، بلا، ٤م، (تحقيق عبد الله بن محمود بن عمر) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ.
- بدوي، يوسف احمد ، **مقاصد الشريعة عند ابن تيمية** ، ٢٠٠٠م، دار النفائس، الأردن
- بدوي، أحمد زكي، **معجم المصطلحات الاقتصادية**، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، بلا طبعة.
- البعلي ،محمد بن أبي مفلح، **المطلع على أبواب الفقه**،(تحقيق محمد بشير الأدلبي)،المكتب الإسلامي، بيروت،١٩٨١م.
- البغدادي، عبد الوهاب المالكي ، **التلقين في الفقه المالكي**، ط٢، (تحقيق:محمد بو خبزة الحسني)، دار الكتب العلمية ،٢٠٠٤م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، **شرح منتهى الإرادات**، ط٢، عالم الكتب، بيروت_لبنان ، ١٤١٦هـ.

- البهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع**،٦م، دار الفكر، (تحقيق هلال مصيلحي)، بيروت،١٤٠٢هـ.
- البهوتي، منصور بن يونس، **الروض المربع**، (تحقيق سعيد اللحام)، دار الفكر، بيروت .
- بورمو، تيسير، **نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، إشراف أسامة الحموي ٢٠٠٣، جامعة دمشق .
- البورنو، محمد صدقي، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**،٣ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت،١٩٩٦م.
- البورنو، محمد صدقي، **موسوعة القواعد الفقهية**، ط١، ٦م، مكتبة التوبة، ٢٠٠٠م.
- البوطي، محمد سعيد، **قضايا فقهية معاصرة**، مكتبة الفارابي، دمشق، ١٩٩٩م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين، **السنن الكبرى**، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة ، ١٤١٤ – ١٩٩٤،
- التفتازاني،سعد الدين، **شرح التلويح على التوضيح** ،ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن تيمية ،أحمد بن عبد الحليم، **مجموع الفتاوى**, ط٣، دار الوفاء،(تحقيق أنور الباز).
- ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم، **الفتاوى الكبرى**, ط٦،١م،(تحقيق محمد عطا وعبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية ،١٩٨٧م.
- ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم، **القواعد النورانية الفقهية**، (محمد الفقي)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩هـ
- . ابن تيمية ، احمد بن عبد الحليم ، **بيان الدليل على بطلان التحليل** ، ط٢، تحقيق: فيحان المطيري، مكتبة لينة ، دمنهور، ١٩٩٦م
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، **التعريفات**، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٨م.
- ابن جزيء، محمد بن احمد الغرناطي، **القوانين الفقهية** ، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت ،١٤٠٤هـ .
- الجميلي، باسم العلاوي، **العمل في الاقتصاد الإسلامي**، دار الكتب العلمية، ط١، بيروت، ٢٠٠٦م.
- الجنكو، علاء الدين ، **التقابض في الفقه الإسلامي وأثره في البيوع المعاصرة**، دار النفائس، عمان الأردن، ط١، ٢٠٠٤م.
- الجواهري، حسن، **بحوث في الفقه المعاصر**، دار الذخائر، بيروت، لبنان، ط١.

- الجوهري، إسماعيل بن حماد، **الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)**، ط٦،٢م ، دار العلم للملايين، (تحقيق أحمد عطار)، بيروت، ١٩٧٩م.
- الجويني ،عبد الملك بن عبد الله، **غياث الأمم في التياث الظلم**، ط٢، (تحقيق عبد العظيم ديب)، مكتبة إمام الحرمين، ١٩٨١م
- حبيب، سعدي ، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**، ط١، دار الفكر، دمشق١٩٨٢م.
- حبيب، سعدي، **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، ط٢، دار الفكر، دمشق ، ١٩٨٤م.
- حتمل، ايمن "محمد علي"، **قواعد التبعية ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي**، إشراف عبد الله الكيلاني ،(رسالة دكتوراه غير منشورة) الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٤م
- الحجاوي ، شرف الدين بن أحمد، **الإقناع في فقه الإمام احمد**،تحقيق: عبد اللطيف السبكي ، دار المعرفة ، بيروت ،(–١٩٨م).
- ابن حجر العسقلاني ،احمد بن علي ،(٨٥٢هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، تحقيق: عبد العزيز الخطيب ، رقم كتبه وأبوابه : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر، مصور عن المطبعة السلفية .
- ابن حجر ، **التلخيص الحبير**، تحقيق :عبد الله المدني، المدينة المنورة .
- الحداد، احمد، بحث "حقوق الارتفاق"، **مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة الثامنة عشرة ، المنعقد في: كوالالامبور (ماليزيا) ، الدولي ، منظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة ، الفترة ما بين ٩_١٤ تموز ٢٠٠٧.
- ابن حزم، علي بن احمد الأندلسي، **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات**، دار ابن حزم، (تحقيق حسن أحمد)، ١٩٩٨م.
- ابن حزم، علي بن احمد الأندلسي، **المحلى**،ط١، (١١م)، دار الجيل، بيروت ، ١٩٨٠م.
- الحصفكي، محمد بن علي، **الدر المختار**،(تحقيق عبد المنعم خليل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م,
- الحصني، أبو بكر بن محمد، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، دار إحياء التراث الإسلامي، الدوحة، ١٩٨٦م.
- حماد، نزيه كمال، **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**، دار القلم، دمشق،٢٠٠٠م.
- حماد، نزيه كمال، **معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء**، ط٣، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الرياض، ١٩٩٥م.

- حماد، نزيه كمال، **في فقه المعاملات المالية والمصرفية**، ط١، دار القلم، دمشق ،٢٠٠٧م.
- حمود، سامي، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ط١، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٧٦م.
- حموش، مصطفى احمد، **فقه العمران الإسلامي، من خلال الأرشيف العثماني الجزائري** ٩٥٦هـ/١٥٤٩م_ ١٢٤٦هـ /١٨٣٠م. من واقع الأوامر السلطانية وعقود المحاكم الشرعية ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وأحياء التراث – دبي ،ط١، ١٤٢١هـ _٢٠٠٠ م،
- الحموي، احمد الحنفي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**،٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م.
- أبو حميدة ، عبد الحافظ يوسف، (١٩٩٦م)، **التولد من المملوك دراسة نظرية تطبيقية**، رسالة ماجستير(غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- ابن حنبل، أحمد ، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط٢، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة،١٤٢٠هـ ، ١٩٩٩م.
- الخرشي، **شرح الخرشي على خليل**، بلا طبعة ، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م.
- خطاب، حسن، **أسباب استحقاق الربح دراسة تطبيقية مقارنة بين أحكام الشركات في الفقه الإسلامي** ، ط١، ايتراك للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠١م.
- الخياط، عبد العزيز، **نظرية العرف** . مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ١٩٧٧م، ١٣٩٧هـ.
- الخياط، عبد العزيز، **بحوث اقتصادية ٢، الصناديق الاستثمارية الإسلامية**، بحث مقدم (لندوة رابطة الجامعات الإسلامية المنعقد في نيسان٢٠٠٥، الدار المتقدمة للنشر والتوزيع، عمان.
- ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن، **تاريخ ابن خلدون**، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية .
- الخليفي، رياض منصور، **المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية**، مجلة الملك بن عبد العزيز ، الاقتصاد الإسلامي ، (م١٧) ، ١٤٢٥م/ ٢٠٠٤م.
- محسن خليل، **في الفكر الاقتصادي العربي الإسلامي دراسة لمقولتي : العمل والملكية** ، ط٢، وزارة الثقافة والإعلام ، بغداد ، ١٩٨٦،
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر .

- الدباغ، أيمن مصطفى، **نظرية توزيع العوائد**، رسالة دكتوراه غير منشورة ، إشراف د. عبد المجيد الصلاحين، الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٣.
- الدردير، أبو البركات العدوي (١١٢٧-١٢٠١هـ)، **اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،** الصاوي، أحمد بن أحمد،حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢.
- الدردير، أبو البركات سيدي خليل ،**الشرح الكبير**، ط١، دار الفكر ، بيروت _ لبنان .
- الدريني، محمد فتحي، **بحوث فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله** ، ط١، مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
- دنيا ، شوقي احمد، **الإسلام والتنمية الاقتصادية** ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩م.
- الدهلوي، ولي الدين، **حجة الله البالغة**، تحقيق: عثمان ضميرية، مكتبة الكوثر، الرياض، ١٩٩٩م.
- الرازي، محمد بن عمر التميمي، **مفاتيح الغيب**، ط١، ٣٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- الرازي ،محمد بن عمر، **المحصول في علم الأصول**، ط١، ٦م،(تحقيق طه العلواني) جامعة الإمام محمد،الرياض.
- الرافعي، عبد الكريم ، **فتح العزيز شرح الوجيز** ،ط١، دار الفكر ، بيروت .
- ابن رجب، عبد الرحمن بن احمد، **القواعد في الفقه الإسلامي**، مكتبة الخانجي، القاهرة، ١٩٣٣م.
- الرصاع، محمد الأنصاري، **شرح حدود ابن عرفة** ،(تحقيق: محمد أبو الأجفان ،الطاهر المعموري)، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت،١٩٩٣م.
- الرفاعي، حسن محمد، **عقود استثمار الأراضي الزراعية**، ط١، مؤسسة الرسالة ، بيروت- لبنان، ٢٠٠٥م.
- رفيع، محماد، **البناء المقاصدي للبحث العلمي في الاقتصاد الإسلامي**، بحث المشاركة في المؤتمر الدولي السابع للاقتصاد الإسلامي.
- الرملي، شمس الدين محمد (ت١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ومعه حاشية نور الدين علي الشبراملسي، ت١٠٨٧)، دار الفكر، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، بيروت – لبنان .

- الريسوني ،أحمد ، **الفكر المقاصدي** قواعده وفوائده ، كتاب الجيب ، منشورات جريدة الزمن ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ١٩٩٩م.
- الريسوني، أحمد، **نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإنسانية** ، ط١، دار الكلمة للنشر والتوزيع ، مصر ، القاهرة، ١٤١٨هـ ، ١٩٩٧م.
- الزَّبيدي، محمد بن محمد الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، بلا طبعة ،١٠م،المطبعة الخيرية، القاهرة،١٩٨٨م.
- الزحيلي، وهبة ، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٩م.
- الزعبي، يحيى ، وشهاب، سعاد ، **أحكام البناء والتنظيم في الأردن** ، ط١، بلا دار نشر، ١٩٩٣م .
- الزرقا، مصطفى أحمد ، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة** ، ط١، دار القلم ، دمشق، ١٤٢٠هـ ، ١٩٩٩م.
- الزرقا، مصطفى أحمد ، **شرح القواعد** ، ط٢، دار القلم ، دمشق .
- الزرقا ، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط٢، دار القلم ، دمشق، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، **شرح الزرقاني على موطأ مالك**، بلا طبعة ، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٧م.
- الزركشي، محمد بن بهادر، **خبايا الزوايا**، دار الكتب العلمية، (تحقيق احمد شعبان)، بيروت،١٩٩٦م.
- الزركشي، محمد بن بهادر، **البحر المحيط في أصول الفقه**، ط١، ٤م، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٢١هـ.
- الزركشي، محمد بن بهادر، **المنثور في القواعد**،٣م،(تحقيق: تيسير فائق)، وزارة الأوقاف، الكويت، ط٢.
- الزنجاني، محمود بن أحمد، **تخريج الفروع على الأصول**، ط٥، مؤسسة الرسالة، (تحقيق محمد أديب صالح)، بيروت،١٩٨٢م.
- زيدان، عبد الكريم، بحث "**أثر القصود على التصرفات والعقود**" ، مجموعة بحوث فقهية، مؤسسة الرسالة ، بيروت١٩٨٦م .
- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد،(ت٧٦٢هـ) **نصب الراية لأحاديث الهداية** مع حاشيته بغية الألمعي، ط١،٤م، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت_ لبنان،١٩٩٧م.

- الزيلعي، فخر الدين عثمان،(ت٧٤٣هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ومعه حاشية الإمام الشلبي، تحقيق: احمد عزو عناية، منشورات محمد بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، ط١، ١٤٢٠هـ ، ٢٠٠٠م.
- سانو، قطب، **وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة**، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، ط١، في الفترة من ١١-١٣ ربيع الثاني ١٤٢٨هـ،الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ٢٠٠٧م.
- السالوس، علي أحمد، حكم **أعمال البرصة في الفقه الإسلامي**،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد السادس، الجزء الثاني ،١٩٩٠م.
- السبكي، علي بن عبد الكافي، **الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي**،٣م، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٨٤م.
- السحيباني، محمد بن إبراهيم ، **الغبن اليسير والفاحش تحليل اقتصادي**، بحث في مجلة الملك عبد العزيز : الاقتصاد الإسلامي ، م١٨ ، ع٢، (٢٠٠٥م- ١٤٢٦هـ).
- السرخسي، محمد بن محمد، **أصول السرخسي**، بلا،٢م، دار المعرفة، بيروت.
- السرخسي، محمد بن سهل، **المبسوط**، ١٥م، دار الكتب العلمية،(تحقيق عبد العظيم العناني), بيروت،٢٠٠٠م.
- سعد الله، رضا ، **مفهوم الزمن في الاقتصاد الإسلامي** ، ط٢، ورقة مناقشة (رقم١٠)، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للتنمية ، ١٤٢٠هـ ، ٢٠٠٠م.
- السعد، أحمد، **الأسواق المالية المعاصرة دراسة فقهية** ، دار الكتاب الثقافي ، عمان ، ٢٠٠٨هـ ، ١٤٢٨م.
- السمرقندي، محمد بن احمد، **تحفة الفقهاء**،ط٣،٣م،(تحقيق محمد زكي)،دار التراث،القاهرة، ١٩٩٨م .
- السنهوري، عبد الرزاق احمد، **الوسيط في شرح القانون المدني**، بلا، ١٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠م.
- السنهوري، **عقد الإيجار**، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت – لبنان.
- السويلم، سامي، **عقد الكالئ بالكالئ تدليلا وتعليلا**، مركز البحث والتطوير شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١ م .

- السويلم، سامي، **فتوى لفضيلته بخصوص "زيادة الثمن بزيادة الضمان** " ١٤٣١/١/١٦هـ ، http://almoslim.net
- ابن سيده، علي بن إسماعيل، **المخصص**، إحياء التراث، بيروت،١٩٩٦م.
- السيوطي،جلال الدين بن أبي بكر، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت .
- ابن شاس، جلال الدين، **عقد الجواهر الثمينة**،٣م، ط١، تحقيق: محمد أبو الأجفان، عبد الحفيظ منصور، إشراف ومراجعة: محمد أبو خوجة ، بكر أبو زيد ، دار الغرب العربي،طبع على نفقة الملك فهد بن عبد العزيز ، ١٩٩٥
- الشاشي، محمد بن احمد بن إسحاق، **أصول الشاشي**، بلا،١م، دار الكتب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، **الموافقات في أصول الفقه** ،٤م،(تحقيق:عبدالله دراز)، دار المعرفة، بيروت.
- الشاويش، أسماء ، **الأجل وأثره في بيع السلع في السوق المالي** ،إشراف الدكتور عباس الباز ، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٧.
- الشبيلي، يوسف، في تعقيبه على بحث د. عبد الرحمن الأطرم " **تمويل البنوك للاكتتاب في الشركات المساهمة**" المقدم للجمعية الفقهية السعودية ،١٤٥/١١/١٠هـ، الموقع الرسمي د. يوسف الشبيلي .
- شخار، أبو نصر بن محمد ، **قاعدة الربح بالضمان دراسة تأصيلية تطبيقية** ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، سلطنة عمان ، ١٤٢٩هـ ، ٢٠٠٨م.
- الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، ط١، (اعتنى به محمد عيتاني)، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨هـ.
- الشربيني،محمد بن أحمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، بلا،٤م، دار الفكر، بيروت،٢٠٠٥م.
- الشوكاني ،محمد بن علي، **نيل الأوطار**، المطبعة المنيرية .
- الشوكاني ،محمد بن علي، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، ط١ ,٤م، (تحقيق محمود زيد)، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٠٥هـ .
- الشيباني، محمد بن فرقد، كتاب **الأصل المعروف بالمبسوط** ،٥م، (تحقيق أبو الوفا الأفغاني)، إدارة القران والعلوم، كراتشي.

- شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد الكليوبي، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**،ط٤،١م، (تحقيق خليل عمران)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ.
- الشيرازي ،إبراهيم الفيروزابادي، **المهذب في الفقه الشافعي**، ط٣،١م، دار الكتب العلمية، (تحقيق زكريا عميرات)، بيروت،١٩٩٥م
- الشيرازي، إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، **التبصرة في أصول الفقه**، ط١، دار الفكر، دمشق،(تحقيق: محمد حسن هيتو)، ١٤٠٣هـ.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، **اللمع في أصول الفقه** ،١م، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الصافي، علي ، **الضمان في الفقه الإسلامي أسبابه ومجالاته في العقود** ، مطبعة الآداب ، النجف الأشراف ،١٩٧٧م،
- الصاوي،أحمد بن محمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك** ،(٤م)، تحقيق: محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م .
- الصدر، محمد باقر، **اقتصادنا**، ط٢٠، دار التعارف، بيروت،١٩٨٧م.
- الصدر، محمد باقر، **اقتصادنا**، نشر المجمع العلمي، للشهيد الصدر، ط٢، ١٤٠٨هـ.
- الصوص، منصور، **القبض وأثره على العقود**، رسالة ماجستير، ٢٠٠٠م، جامعة النجاح، فلسطين، إشراف جمال زيد الكيلاني.
- الصيفي، عبد الله، **الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات** ، ط١، دار النفائس ،الأردن١٤٢٦هـ ، ٢٠٠٦م.
- الضرير، صديق محمد، **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة** ، دار نشر الثقافة ، القاهرة ، ١٩٦٧م.
- ابن عابدين، محمد أمين الدمشقي، **رد المحتار على الدر المختار**، ط١ ، (خرج أحاديثها وعلق عليها، محمد حلاق، وعامر حسين) دار إحياء التراث العربي،بيروت،١٤١٩ هـ.
- ابن عابدين، محمد علاء الدين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، مطبعة دار المعارف، ١٩١٩م
- ابن عاشور، محمد الطاهر، **مقاصد الشريعة** ، تحقيق: محمد الميساوي ،ط٢، دار النفائس ، الأردن ، ١٤٢١هـ ، ٢٠٠١م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، **التحرير والتنوير**، دار الكتب الشرقية، تونس،١٩٩٦م.
- ابن عباد، الصاحب، **المحيط في اللغة**،١١م،عالم الكتب،(تحقيق محمد آل ياسين), بيروت،١٩٩٤م.

- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله, **الاستذكار**، بلا، ٨م،(تحقيق سالم عطا و محمد معوض), دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م,
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، ط٢، تحقيق: محمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض، السعودية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م،
- أبو غدة، عبد الستار، **البيع المؤجل** ،ط٢، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية، بحث رقم (١٦) ، ١٤٢٤هـ ، ٢٠٠٣م .
- عبد الغفار، صهيب، بحث "**وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة**"، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث.
- عبد اللطيف، عبد الرحمن، **القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير** ط١ ،عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ١٤٢٣هـ،٢٠٠٣م.
- ابن العربي، محمد بن عبدالله ، **القبس شرح موطأ مالك بن أنس** ط١،(٣م)، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان،١٩٩٢م .
- ابن العربي، محمد بن عبدالله، **أحكام القرآن**، تحقيق: علي البجاوي، دار إحياء التراث.
- العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، تحقيق نزيه حماد، عثمان ضميرية، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٠م .
- العطار، عبد الناصر، **نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية** ، مطبعة السعادة ، ١٩٧٨م.
- عطية، جمال ، **نحو تفعيل المقاصد** ، دار الفكر المعاصر، دمشق، ٢٠٠٠م.
- العظيم آبادي، محمد شمس الحق، **عون المعبود شرح سنن أبي داود** ، ط٢،(١٤م) دار الكتب العلمية ، ١٤١٥هـ .
- العلي، صالح الحميد، **عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي**، دار اليمامة، دمشق،٢٠٠٠م.
- ابن عليش، محمد بن أحمد، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك "فتاوى ابن عليش"**، بلا ،٢م،(جمعها علي الشحود) ، مصطفى البابي الحلبي،القاهرة،١٩٥٨م.
- العمراني، عبد الله، **الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة**، ط١، دار كنوز اشبيليا، الرياض ، السعودية ، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.
- العياشي فداد ، "**مسائل في فقه الوقف**، دورة دور الوقف في مكافحة الفقر"،المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية ، جدة ،٢٠٠٨.

- العيني، بدر الدين محمود بن أحمد(٨٥٥هـ)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**،تحقيق: عبدالله عمر، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠١م.
- أبو العينين، بدران، **تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود**، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨م,
- الغامدي، احمد بن سعيد، **بحث حكم المساهمة في الشركات المختلطة**، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات المؤتمر العلمي الخامس عشر ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون، قسم الدراسات الإسلامية بدار المعلمين، مكة المكرمة.
- الغزالي، أبو حامد،محمد بن محمد،(٥٠٥هـ)، **إحياء علوم الدين**، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦م.
- الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد،(٥٠٥هـ)، **محك النظر في المنطق**، تحقيق: محمد النعساني، دار النهضة الحديثة، بيروت، لبنان، ١٩٦٦م.
- الغزي، محمد صدقي، **موسوعة القواعد الفقهية**، ط٢، مؤسسة التوبة، الرياض، ٢٠٠٠م.
- الغنيمين، أسامة عدنان ، **قواعد الاغتفار دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية** ،(رسالة دكتوراه غير منشورة، إشراف علي الصوا ،الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٩.
- ابن فارس،أحمد بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، بلا،٦ م، تحقيق: عبد السَّلام محمد هَارُون، اتحاد الكتاب العرب، ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٢م.
- علاء الدين، محمد، **تكلمة حاشية رد المحتار**، تحقيق: محمد حلاق، عامر حسين، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٩٨م.
- محمد الفرفور، بحث "وقف النقود" ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد ١٣.
- محمد، عمر سالم، **الالتزامات في القانون المدني على الوجه المبسط** .
- **فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء**، جمع وترتيب:أحمد الدرويش، ط١،دار العصمة،١٤١٩هـ.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، بلا، دار القلم، بيروت.

- القادري، محمد بن حسين، **تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ضبطه وخرج أحاديثه وآياته : زكريا عميرات ، ط١، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٧م.
- القانون الكويتي http://www.mandoubco.com
- القانون التونسي الخاص، مجلة العقود والالتزامات، http://ar.jurispedia.org/index.php
- قحف، منذر، و إبراهيم، غسان، **الاقتصاد الإسلامي علم أم وهم**، دار الفكر، دمشق ،٢٠٠٠م.
- قحف، منذر، **الوقف الإسلامي– تطوره، إدارته، تنميه** ،دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٢٧هـ– ٢٠٠٦م.
- القرافي،أحمد بن إدريس، **الفروق**، بلا،٤م، دار الكتب العلمية، (تحقيق خليل المنصور)، بيروت، ١٩٩٨م.
- القرافي ،احمد بن ادريس، **الذخيرة**، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٠م
- القرطبي، ابن رشد (الجد)، **المقدمات الممهدات** ،(تحقيق زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠١م
- القرطبي، ابن رشد(الجد)، **البيان والتحصيل** (ت ٥٢٠هـ)، وضمنه المستخرجة من الاسمعة المعروفة بالعتيبية، محمد العتبي القرطبي(٢٥٥هـ)، تحقيق : سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي ، ط١/١٩٨٤م ،ط٢/ ١٩٨٨م، بيروت – لبنان.
- القرطبي، ابن رشد(الحفيد)محمد بن احمد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، خرج أحاديثه: أحمد أبو المجد ، ط١، (م٢)، دار العقيدة ، القاهرة ، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م .
- القره داغي: **المقدمة في المال والاقتصاد والعقد والملكية** http://qaradaghi.epkss.com
- القرة داغي، علي محيي الدين، **أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية** ،ط١، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث رقم (١٦) ، ١٤٢٤هـ ، ٢٠٠٣م.
- القره داغي، علي محيي الدين، **بحوث في الاقتصاد الإسلامي** ، دار البشائر الإسلامية، بيروت ، ٢٠٠٢.
- القرة داغي، علي محيي الدين، **القبض وتطبيقاته المعاصرة في العقود.** http://qaradaghi.epkss.com

- قلعه جي، محمد رواس، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، بيروت،١٩٨٥م.
- القليوبي،أحمد بن سلامة، وعميرة، أحمد البرلسي، **حاشيتا قيلوبي وعميرة: على كتاب المنهاج للنووي**، مصطفى البابي الحلبي،القاهرة،١٩٢١م.
- قنطقجي، سامر ، **النموذج الرياضي للاقتصاد الإسلامي** ، ٢٠٠٩.
- القونوي ، قاسم بن عبد الله، **أنيس الفقهاء في الألفاظ المتداولة بين الفقهاء،** (تحقيق يحيى مراد)، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٤م.
- ابن القيم، محمد بن أيوب، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦م.
- ابن القيم، محمد بن أيوب، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، بلا ،٤م، (تحقيق طه سعد)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
- كامل،عمر عبدالله، **القواعد الفقهية الكبرى وأثرها على المعاملات المالية**، دار المكتبي، القاهرة ،٢٠٠٠م.
- الكاساني، علاء الدين بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار المعرفة، بيروت،٢٠٠٠م.
- الكيلاني، عبد الرحمن، **قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي**، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، عمان، ٢٠٠٠م.
- ليبا، محمد، نقاسي، محمد إبراهيم، بحث "**نظام وقف النقود ودوره في تنمية المرافق التربوية والتعليمية**"، مقدم إلى مؤتمر عالمي عن: قوانين الأوقاف وإدارتها: وقائع وتطلعات، خلال الفترة ما بين: ٢٠ – ٢٢ أكتوبر ٢٠٠٩م، الجـــامعة الإسلاميـــة العالميـــة بماليزيـــا.
- الماوردي، علي بن محمد، **الحاوي الكبير في فقه الشافعي**، ط١٨،١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
- الماوردي، علي بن يحيى بن حبيب(٤٥٠هـ) ،**الأحكام السلطانية والولايات العامة** ، ط١، مكتبة مصطفى البابي الحلبي،١٩٦٠.
- المباركفورى، محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم، **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي** ، ط٢، (تحقيق: عبد الوهاب بن عبد اللطيف)، المكتبة السلفية، ١٣٨٣هـ– ١٩٦٣م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي طبعة ١٤١٩هـ.
- محمد، احمد، بحث "**وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة**"، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث.

- المرداوي، علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط١، دار إحياء التراث، بيروت، ١٤١٩هـ.
- مسعودة، ميلود ، **معايير التمويل والاستثمار في البنوك الإسلامية** ،إشراف أ.د صحراوي مقلاتي ، رسالة ماجستير،جامعة الحاج لخضر- باتنة ، الجزائر، ٢٠٠٧م -٢٠٠٨م.
- المصري ، رفيق يونس، **أصول الاقتصاد الإسلامي**، دار القلم، دمشق،١٩٩٣م.
- المصري، رفيق ، **المشاركة في وسائل الإنتاج**، دار المكتبي، دمشق،١٩٩٩م.
- المصري ، رفيق يونس، **بحوث في الاقتصاد الإسلامي**، دار المكتبي، دمشق،٢٠٠١م.
- المصري،رفيق، **بيع الأجل**، ٥/١١/٢٠٠٩، http://wailah.110mb.com/index.php.
- مصطفى، إبراهيم، والزيات، أحمد، و عبد القادر حامد، والنجار محمد، **المعجم الوسيط**، ط٢، المكتبة الإسلامية .
- المطيعي، محمد نجيب، **تكملة المجموع شرح المهذب للشيرازي**،بلا،٢٣م، دار إحياء التراث، بيروت،٢٠٠١م.
- ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد، **المبدع شرح المقنع**، دار عالم الكتب ،الرياض،٢٠٠٣م.
- المقدسي، عبد الله ابن قدامة ، **الكافي**،٤م، المكتب الإسلامي، بيروت.
- المقدسي، عبد الله ابن قدامة، **المغني على مختصر الخرقي**، بلا، دار الأفكار الدولية، (تحقيق رائد بن صبري)، عمان ،٢٠٠٤م.
- ابن الملقن، **خلاصة البدر المنير**، ط١،٢م، تحقيق: حمدي السلفي، مكتبة الرشد، الرياض،١٤١٠هـ.
- المناوي، محمد عبد الرؤوف، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ط١، دار الفكر،(تحقيق محمد رضوان)، دمشق.
- المنيع، عبدالله، **بحوث في الاقتصاد الإسلامي**،ط١،المكتب الإسلامي،١٤١٦هـ.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، ط١،١٥م، دار صادر، بيروت،ط٨.
- موسوعة القوانين الأردنية، http://www.wasmia.com/lowjo.htm.
- ابن النجار، محمد بن أحمد، **شرح الكوكب المنير**، ط٢، مكتبة العبيكان،(تحقيق محمد الزحيلي و نزيه حماد)،١٩٧٩م.

- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ،ومعه الحواشي المسماة بمنحة الخالق (ابن عابدين) ضبطه وخرج أحاديثه وآياته : زكريا عميرات ، ط١، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، ١٩٩٧م .
- الندوي، علي، **القواعد الفقهية**، دار العلم، دمشق، ط٤، ١م.
- النسفي، عمر بن محمد، **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية**, النفائس, بيروت,١٩٩٥م.
- النفراوي، احمد بن غنيم، **الفوائد الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني**،(تحقيق رضا فرحات)، دار الثقافة الدينية.
- النووي، يحيى بن شرف، **روضة الطالبين وعمد المتقين**، بلا، ٨م، (تحقيق عادل عبد الموجود ومحمد معوض)، دار الكتب العلمية.
- الهاجري، مشاعل، **الأثر النسبي للعقد**،(نسخة بور بوينت)، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت ،٢٠٠٤م.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، **شرح فتح القدير**، (عبد الرزاق المهدي)، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٥م.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، **شرح فتح القدير**، علق عليه وخرج أحاديثه : عبد الرزاق المهدي، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣م.
- الهيثمي، ابن حجر، **الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الشافعي**، جمعها ورتبها عبد القادر الفاكهي المكي، (ت ٩٨٢هـ) ضبطه وصححه: عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٤١٧، ١٩٩٧م،ط١.
- الهيثمي، شهاب الدين أحمد(٩٧٤هـ) **تحفة المحتاج شرح المنهاج**، مكتبة الثقافة الدينية، ضبطه وعلق عليه: محمد تامر، بلا طبعة ، بلا تاريخ .
- وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، الكويت ١٩٩٠.
- ياسين، محمد نعيم، "بحث زكاة مكافأة نهاية الخدمة"، **أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة** ، ط٣، ٣م، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٤م.
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية** التي تم اعتمادها حتى ٢٠٠٣م ،البحرين ، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
- اليوبي، محمد بن احمد، **مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية** (أصله رسالة دكتوراه)، ط١، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٨م.

الملاحق

الملحق (١)

قرار رقم: ٤٠-٤١ (٥/٢ و٥/٣)

بشأن

الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء

مجلة المجمع (ع ٥، ج٢ ص ٧٥٣و٩٦٥) .

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق١٠-١٥ كانون الأول (ديسمبر)١٩٨٨م،

بعد إطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء ، واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما

قرر ما يلي :

أولاً : أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور ، وحصول القبض المطلوب شرعاً ، هو بيع جائز ، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم ، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم ، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه .

ثانياً : الوعد – وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد – يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر ، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد . ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد ، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر .

ثالثاً : المواعدة – وهي التي تصدر من الطرفين – تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين ، كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز ، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي عن بيع الإنسان ما ليس عنده .

ويوصي بما يلي :

في ضوء ما لوحظ من أن أكثر المصارف الإسلامية اتجه في أغلب نشاطاته إلى التمويل عن طريق المرابحة للآمر بالشراء .

أولاً : أن يتوسع نشاط جميع المصارف الإسلامية في شتى أساليب تنمية الاقتصاد ولا سيما إنشاء المشاريع الصناعية أو التجارية ، بجهود خاصة ، أو عن طريق المشاركة والمضاربة ، مع أطراف أخرى.

ملحق (٢)

قرار رقم: ٥١ (٢/ ٦)

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م،
بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع البيع بالتقسيط ، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يلي :

أولاً : تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً، وثمنه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل . فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد، فهو غير جائز شرعاً .

ثانياً : لا يجوز شرعاً، في بيع الأجل، التنصيص في العقد على فوائد التقسيط، مفصولة عن الثمن الحال، بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطاها بالفائدة السائدة .

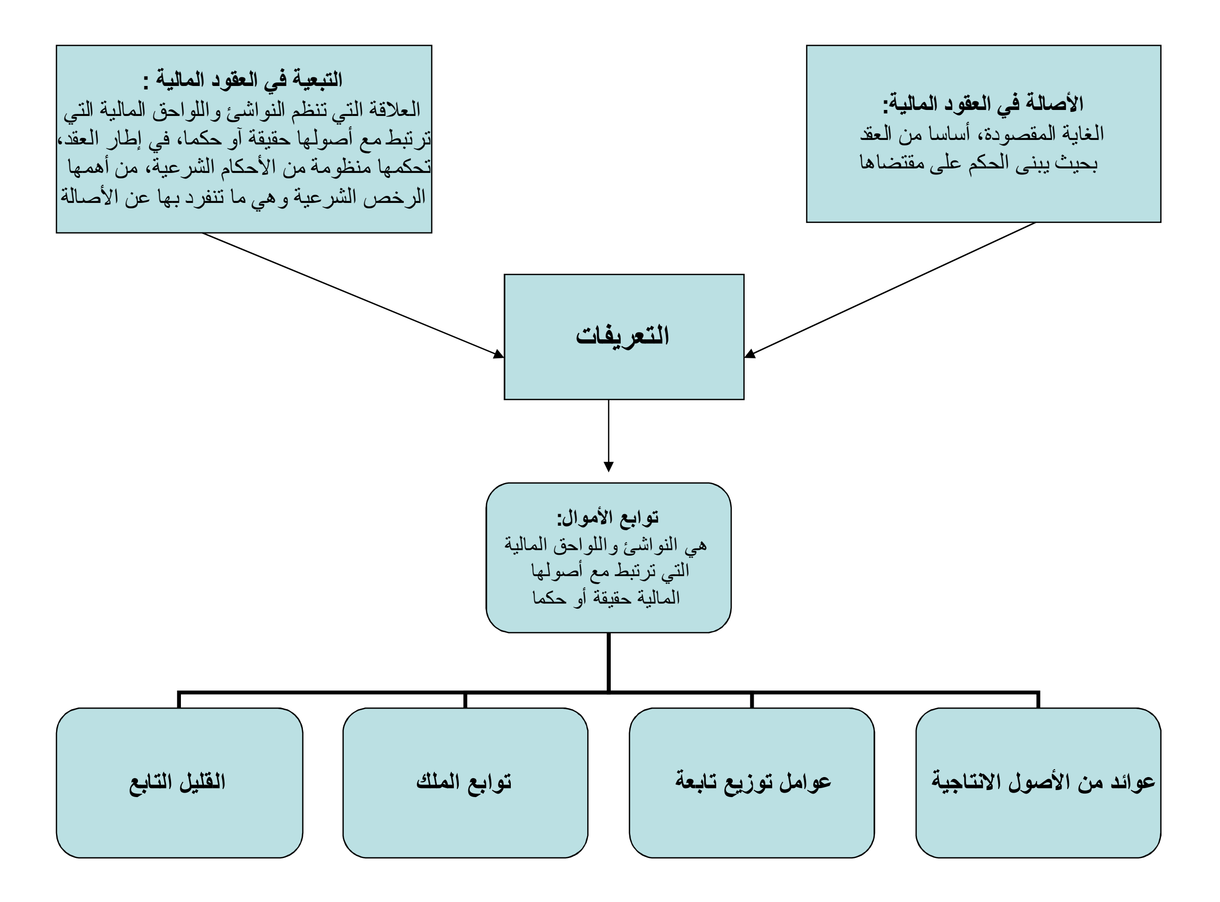
ثالثاً : إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم .

رابعاً : يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء .

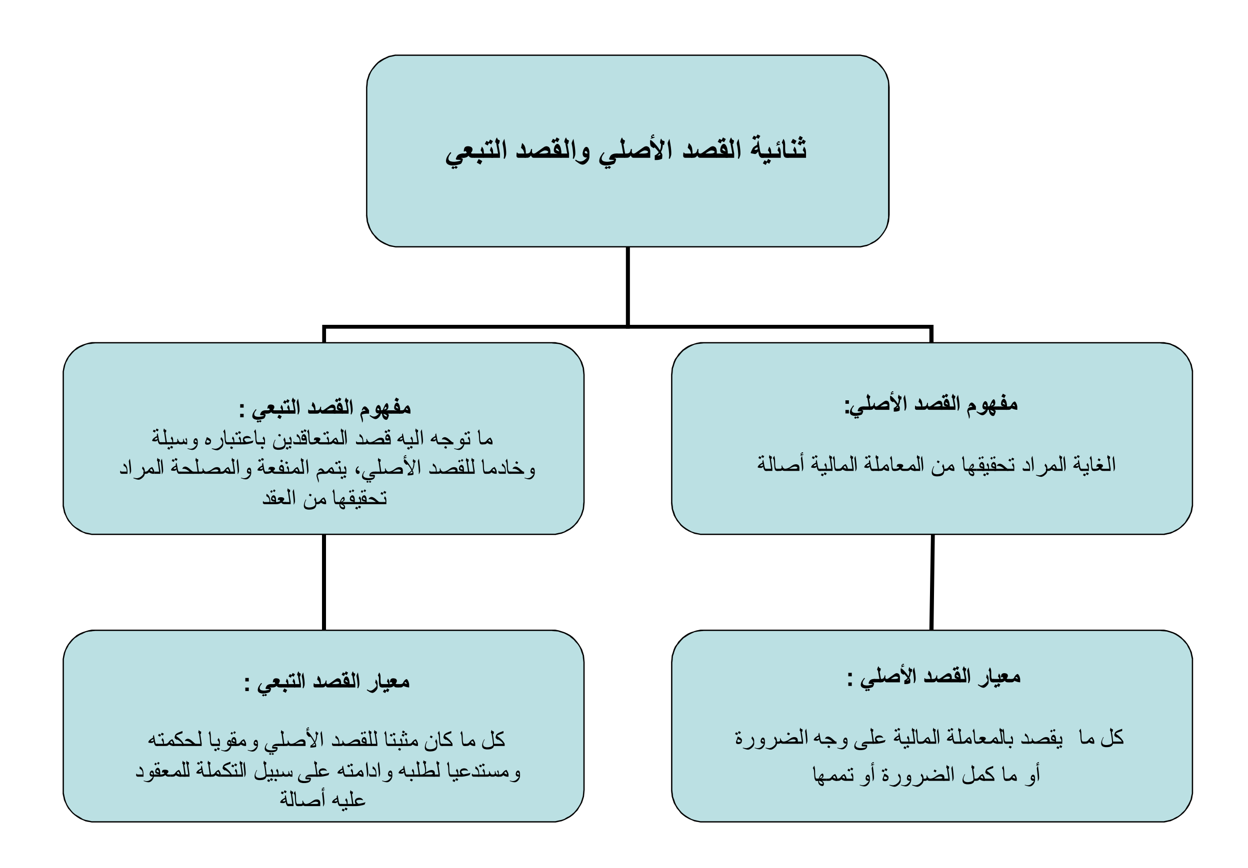
خامساً : يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد .

سادساً : لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة .

ملحق (3)


التبعية في العقود المالية :
العلاقة التي تنظم النواشئ واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها حقيقة آو حكما، في إطار العقد، تحكمها منظومة من الأحكام الشرعية، من أهمها الرخص الشرعية وهي ما تنفرد بها عن الأصالة
الأصالة في العقود المالية:
الغاية المقصودة، أساسا من العقد بحيث يبنى الحكم على مقتضاها
التعريفات
توابع الأموال:
هي النواشئ واللواحق المالية التي ترتبط مع أصولها المالية حقيقة أو حكما
عوائد من الأصول الانتاجية
عوامل توزيع تابعة
توابع الملك
القليل التابع

ملحق (٤)


ثنائية القصد الأصلي والقصد التبعي
مفهوم القصد الأصلي:
الغاية المراد تحقيقها من المعاملة المالية أصالة
مفهوم القصد التبعي :
ما توجه اليه قصد المتعاقدين باعتباره وسيلة وخادما للقصد الأصلي، يتمم المنفعة والمصلحة المراد تحقيقها من العقد
معيار القصد الأصلي :
كل ما يقصد بالمعاملة المالية على وجه الضرورة أو ما كمل الضرورة أو تممها
معيار القصد التبعي :
كل ما كان مثبتا للقصد الأصلي ومقويا لحكمته ومستدعيا لطلبه وادامته على سبيل التكملة للمعقود عليه أصالة



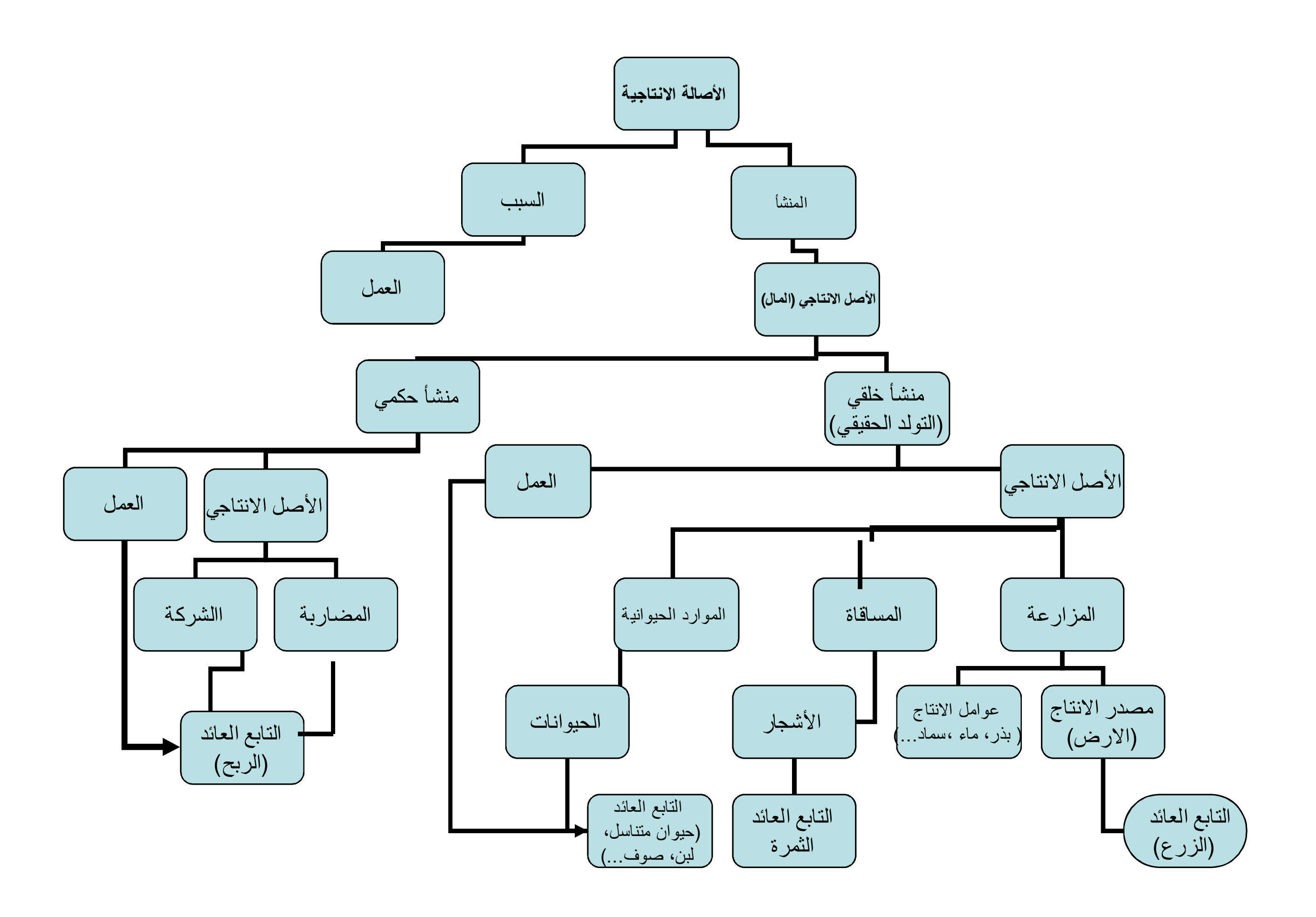
ملحق (5)

ما يعقد عليه تبعا الزوائد المالية

- **الزوائد المتصلة**
  - **متولد من الاصل**
    وهي كل ما يتصل بالأصالة
    خلقة كسمن الدابة وحكما
    (كالجوائز والهدايا)
  - **غير متولدة من الاصل**
    كل زيادة تتصل بالأصل من
    فعل المشتري
    (كصبغ الثوب)
- **الزوائد المنفصلة**
  - **متولدة من الاصل**
    كل ما يتولد من الاصل
    حقيقة، كثمرة الشجرة أو
    حكما (كربح المال)
  - **غير متولدة من الاصل**
    كل زيادة تحدث على الاصل
    المبيع بأمر خارجي
    (كالهدية،الجائزة)

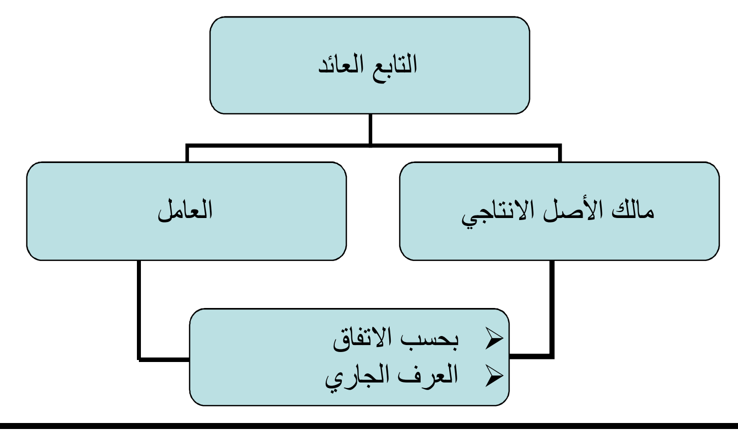
ملحق (6)

التبعية باعتبار المنشأ والسبب

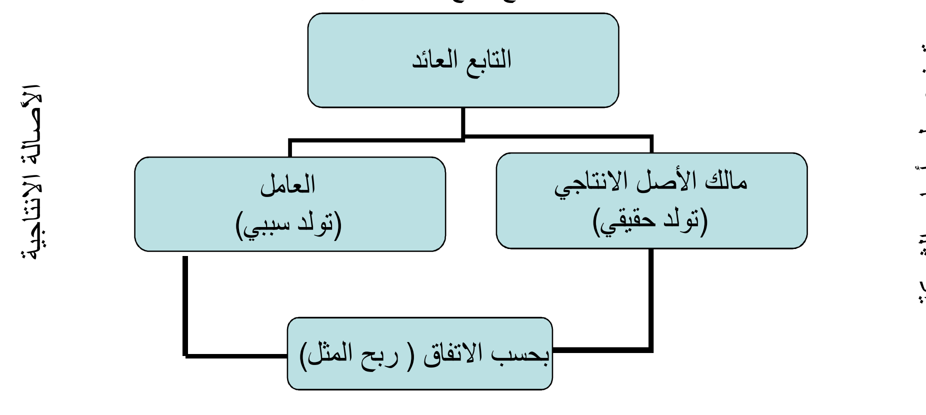


ملحق (7)



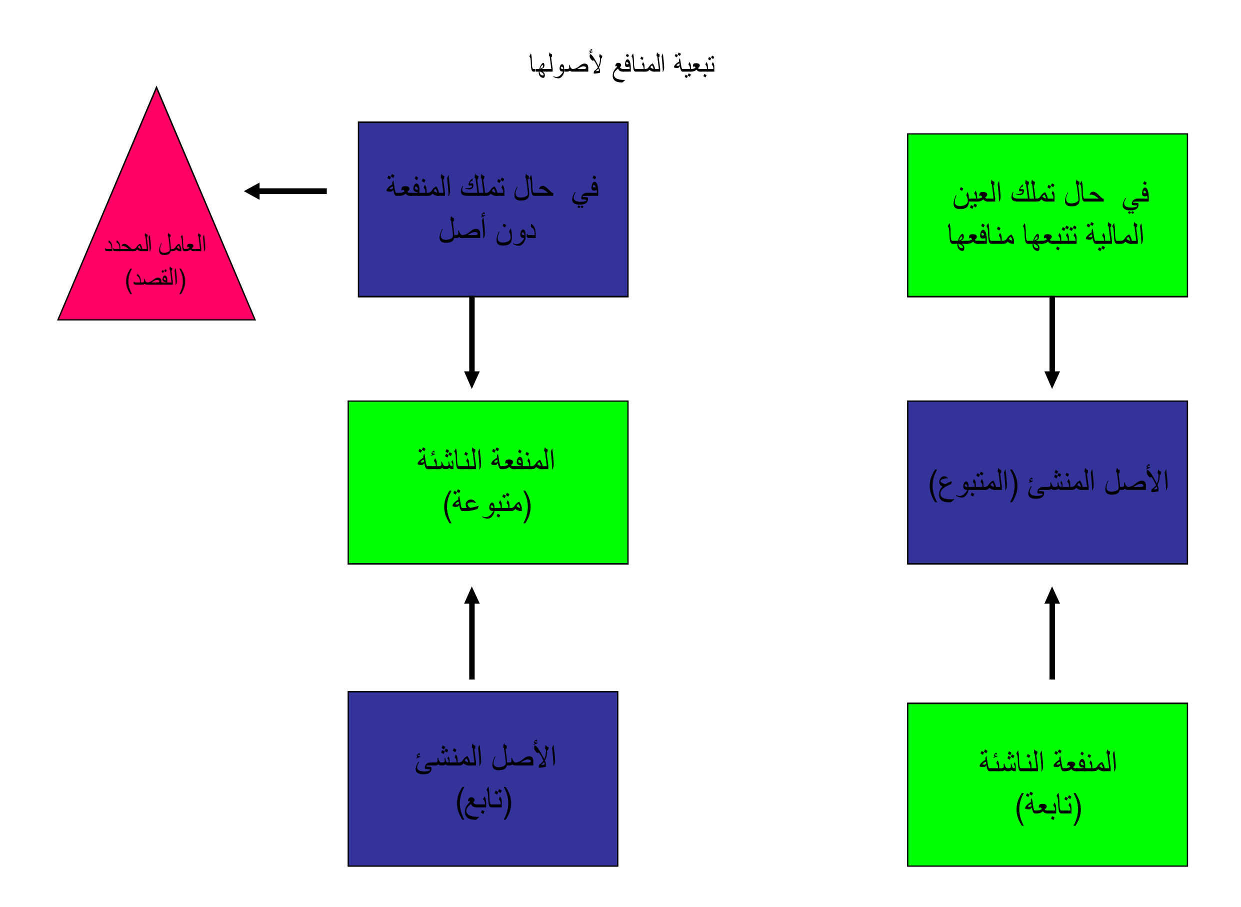


عند فساد العقود يوزع التابع العائد على الاطراف العاقدة

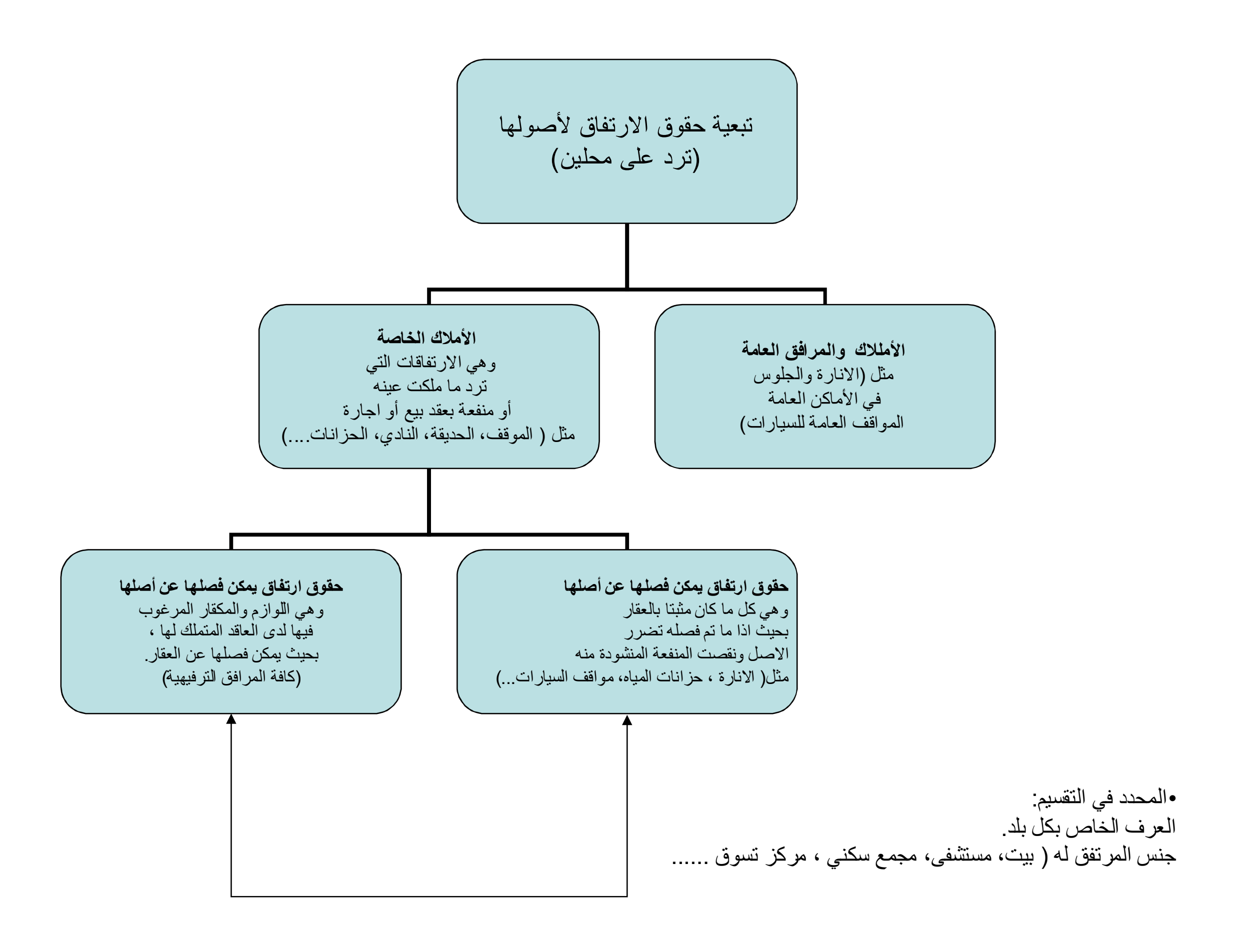


ملحق (٨)

تبعية المنافع لأصولها

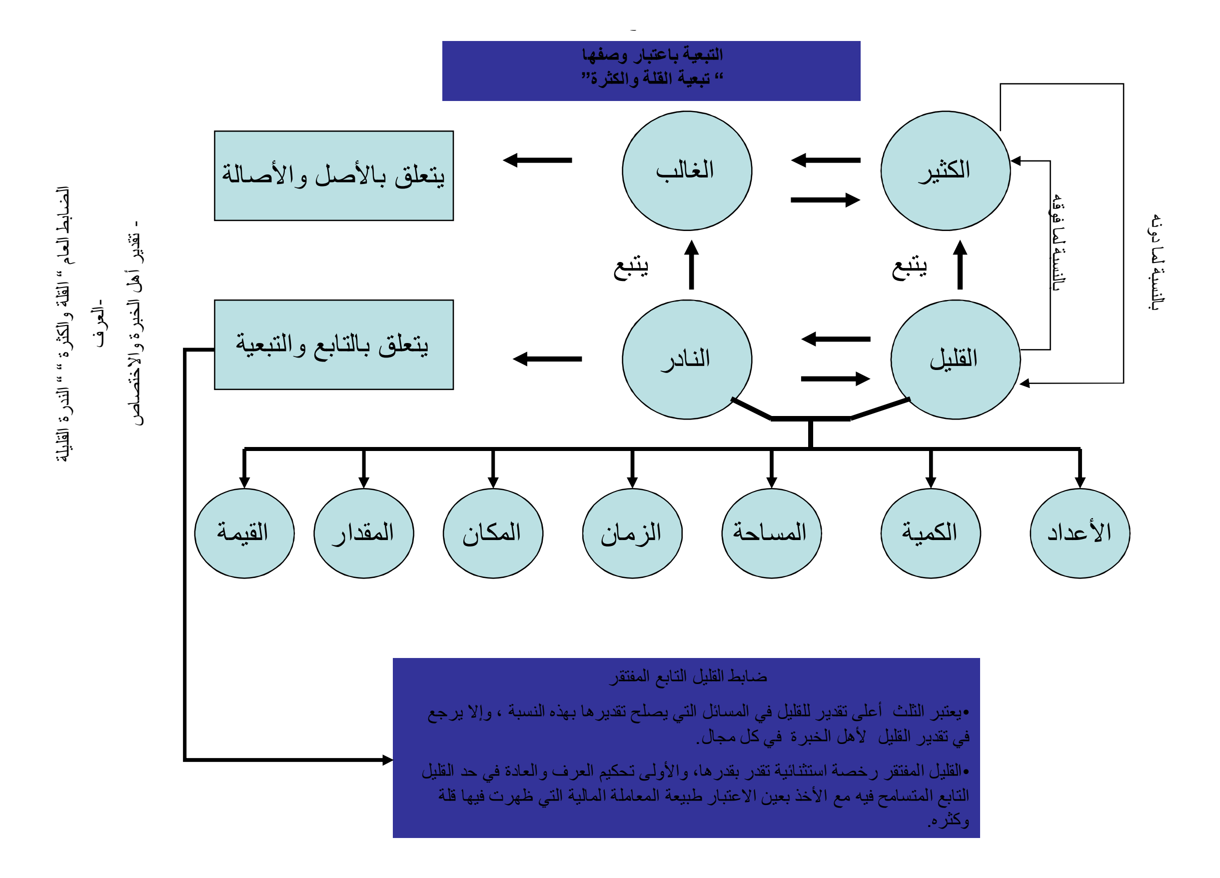


ملحق (9)



•المحدد في التقسيم:
العرف الخاص بكل بلد.
جنس المرتفق له (بيت، مستشفى، مجمع سكني ، مركز تسوق ......

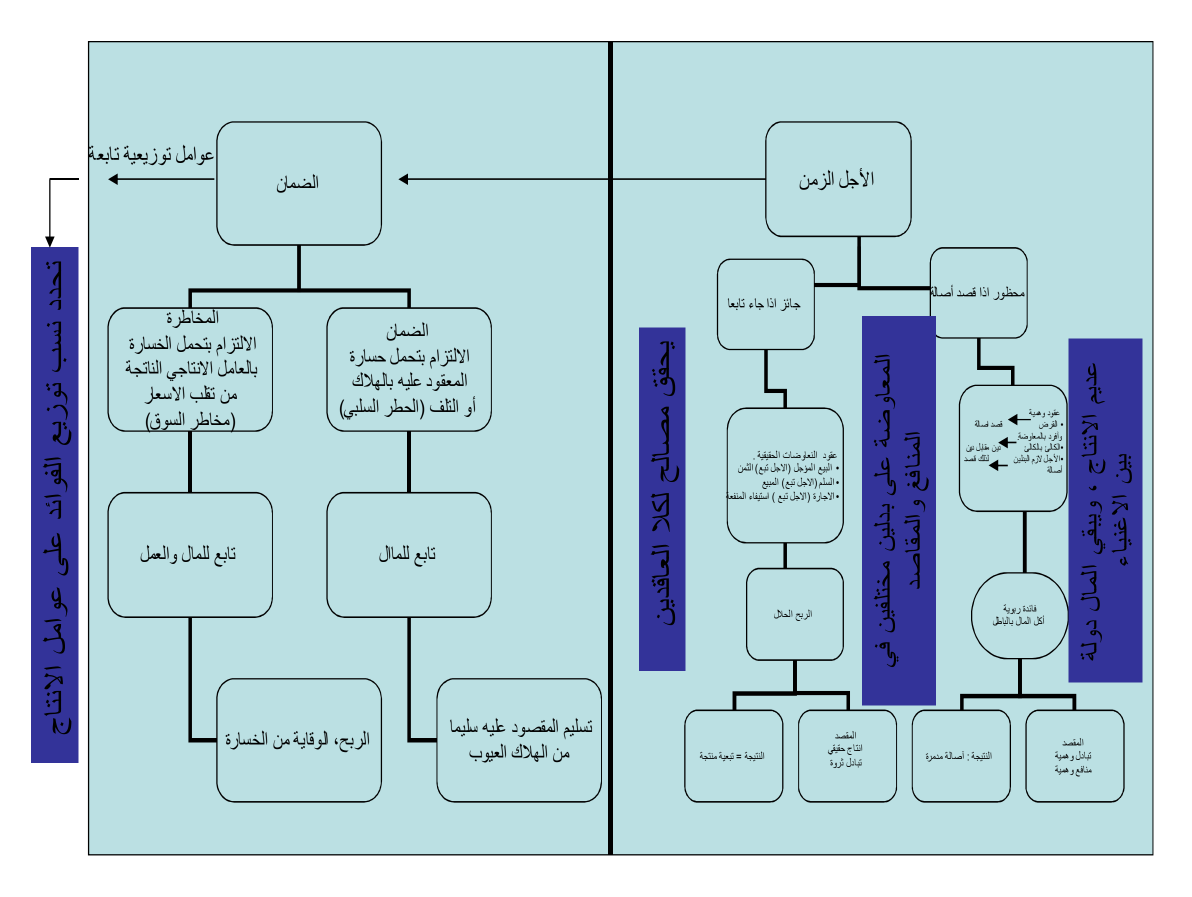
ملحق (١٠)


التبعية باعتبار وصفها
" تبعية القلة والكثرة"
الكثير
الغالب
يتعلق بالأصل والأصالة
يتبع
يتبع
القليل
النادر
يتعلق بالتابع والتبعية
بالنسبة لما فوقه
بالنسبة لما دونه
الأعداد
الكمية
المساحة
الزمان
المكان
المقدار
القيمة
الضابط العام " القلة والكثرة " " الندرة القليلة
-العرف
- تقدير أهل الخبرة والاختصاص
ضابط القليل التابع المفتقر
•يعتبر الثلث أعلى تقدير للقليل في المسائل التي يصلح تقديرها بهذه النسبة ، وإلا يرجع في تقدير القليل لأهل الخبرة في كل مجال.
•القليل المفتقر رخصة استثنائية تقدر بقدرها، والأولى تحكيم العرف والعادة في حد القليل التابع المتسامح فيه مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المعاملة المالية التي ظهرت فيها قلة وكثره.

ملحق (11)


مشتملات الأصول
تبعية المسمى والجزئية
• تبعية المسمى: وهي التوابع التي يتناولها
اللفظ العام للمعقود عليه
وغالبا ما يعول على اللفظ العرفي
• تبعية الجزئية: وهي تبعية الجزء المتصل بالأصل
المتبوع ومعياره الاتصال الاندماجي.
• الضابط: كل ما مثل من التوابع الأجزاء الحقيقية
•للعين المالية وإذا ما استقل وانفرد عن أصله بطلت
المنفعة المقصودة من ملك الأصل
تبعية الضرورة والمصلحة
•ما يعد من ضرورات ملك المعقود عليه ، ويدخل في مصالحه .
• التبعية الالتزامية :ما ينشأ بالعقد من التزامات ، تقع على
العاقدين جراء ثبوت الملكية لهما بمقتضى العقد .
تبعية القصد:
• القصد الأصلي: الغاية المراد تحقيقها من المعاملة أصالة.
•القصد التبعي: ما كان تاليا للمقصود أصالة ، أو لاحقا به في
الاستهداف وتوجه الإرادة منها.
• معيار القصد الأصلي (ما يتعلق بالمتبوع)
•والقصد التبعي (ما يتعلق بالتابع).
•الاتجاه العام لسير المعاملة المالية بحسب طبيعتها،
ومقتضى وضعها ، يحدد قصدية المتعاقدين ،
وهو ما يعرض لدى أهل الخبرة في كل ميدان بحسبه.
تبعية الصفة أو الوصف
• الوصف وما يكون تابعا لشيء غير منفصل
عنه وهو على نوعين:
•وصف مرغوب فيه ← يقابله شيء من الثمن
•وصف غير مرغوب فيه ← لا يقابله شيء
من الثمن.
• المعيار المحدد: طبيعة الشيء المعقود عليه
وما يحوي من خصائص وصفات تقصد من
قبل المتعاقدين، وحضور العاقد أو غيابه عن مجلس العقد

ملحق (12)



التبعية باعتبار المعاوضة
الاجل (الزمن) الضمان
الأجل الزمن
الضمان
عوامل توزيعية تابعة
تحدد نسب توزيع الفوائد على عوامل الانتاج
جائز اذا جاء تابعا
محظور اذا قصد أصالة
يحقق مصالح اكلا العاقدين
المعاوضة على بدلين مختلفين في المنافع و المقاصد
عديم الانتاج ، ويبقي المال دولة بين الاغنياء
عقود النعلوضات الحقيقية .
• البيع المؤجل (الاجل تبع) الثمن
• السلم (الاجل تبع) المبيع
• الاجارة (الاجل تبع) استيفاء المنفعة
عقود وهمية
• القرض
وأفرد بالمعاوضة
• الكالئ بلكالئ
• الأجل لازم البدلين
قصد اصالة
دين مقابل دين
لذلك قصد
أصالة
الربح الحلال
فائدة ربوية
أكل المال بالباطل
النتيجة = تبعية منتجة
المقصد
انتاج حقيقي
تبادل ثروة
النتيجة : آصالة مدمرة
المقصد
تبادل وهمية
منافع وهمية
المخاطرة
الالتزام بتحمل الخسارة
بالعامل الانتاجي الناتجة
من تقلب الاسعار
(مخاطر السوق)
الضمان
الالتزام بتحمل خسارة
المعقود عليه بالهلاك
أو التلف (الحطر السلبي)
تابع للمال والعمل
تابع للمال
الربح، الوقاية من الخسارة
تسليم المقصود عليه سليما
من الهلاك العيوب

ACCESSORY PROPERTY IN ISLAMIC JURISPRUDENCE "AN APPLIED AUTHENTICATING STUDY"

BY:

Iman Mohammad Fares Alfuqaha

Supervisor:

Prof. Ismail Albareeshi

ABSTRACT

This study addressed the issue of accessory property in Islamic jurisprudence, which is a subject of respect to the property when entering contracts for financial transactions, aiming at rooting the accessories of these properties, through the examination of the relationship between them: the originality and dependence; as originality is a description of the property origins, while its accessories describe the relationship governed by the dependence, and the latter is what the study dealt with by setting the terms relating thereto, and dividing dependence into four types, followed by the cases of excusing in accessory properties; because Islamic law treats dependency with forgiveness and facilitation, as one of the principles of self-interest that made license-sensitive controls being the exception, not the origin.

It was possible through the study to reunify the term accessory properties and discuss the most important jurisprudence concerning dependence according to its kind and area of application.

"Allaah is the supporter with His grace and kindness"